Die Annahme an Erfüllungsstatt nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät

der

Universität Leipzig

eingereicht von

Kurt Ebhardt

Referendar

aus Strasburg in Westpr.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Halle a. S.
Hofbuchdruckerei von C. A. Kaemmerer & Co.
1914.

Meinen lieben Eltern

zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547019_0037

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Beck).

Archiv für die Zivilistische Praxis.

Arendts, Lehrbuch der Pandekten, Stuttgart 1886.

Berndorff, Die Annahme an Erfüllungsstatt. Diss. Berlin 1904.

Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz vom 18. August 1896 (Beck).

Brinz, Pandekten. Erlangen 1879.

Clausen, Ein Beitrag zur Erläuterung der §§ 364 Abs. 2 und 607 Abs. 2 BGB unter Berücksichtigung der Novationslehre. Diss. Erlangen 1908.

Cohn, Die Wandelung bei Hingabe an Erfüllungsstatt durch Dritte. (Im Recht 1905, S. 102.)

Corpus iuris civilis, edid. Krueger et Mommsen, Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1910.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II. 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. 1905.

—,— Pandekten, Bd. 2, 6. Aufl. 1900.

Deutsche Juristenzeitung, Berlin.

Deutsche Reichszivilprozeßordnung vom 17. Mai 1898 (Guttentag).

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. I, 2, 4/5. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig.

Ernst, Die Folgen mangelhafter Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt nach römischem Recht, Zürich 1890.

Fehr, Über Hingabe an Erfüllungsstatt. Diss. Leipzig 1902.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl.

Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 26. Juli 1900 (Beck 1912).

Gide, Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain, Paris 1879.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. 1903.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Gruchots, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Berlin.

Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.

Hessische Rechtsprechung, Mainz.

Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht, Erlangen 1881.

Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltvereins.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877.

v. Keller, Pandekten, 1860.

Klein, Zur Lehre von der Leistung an Erfüllungsstatt (in der Hess. Rechtspr., 5. Jahrg., S. 55).

—,— „Rechtshandlung im engeren Sinne" (im österreichischen Zentralblatt für jur. Praxis, Bd. 28, S. 991 ff).

Kretschmar, Die Erfüllung, Leipzig 1906.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.

Kommentar der Reichsgerichtsräte: (Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten, Berlin 1913).

van Koolwyk: Hingabe an Erfüllungsstatt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Leipzig 1902.

Kuntze: Die Obligation und Singularsukzession, Leipzig 1856.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1910.

Melcher: Gegensatz des Rechtscharakters der Leistung an Erfüllungsstatt und der Leistung erfüllungshalber nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuch, Diss. Leipzig 1903.

Müller: Hingabe erfüllungshalber (in Seuff. Blätter f. Rechtsanw. Bd. 70, S. 553 ff.).

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich; amtl. Ausgabe, 1888.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 3/4. Auflage, 1910.

Österreichisches Zentralblatt für die jur. Praxis, herausgeg. von Geller, Wien.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1907, Bd. 1 und 2.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898.

Puchta: Pandekten, Leipzig 1853.

Quander: Leistung an Erfüllungsstatt, Diss. Rostock 1903.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, Hannover.

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Berlin 1903.

Römer: Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht, 1. Heft, Stuttgart 1877.

—,— Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht, Tübingen 1863.

—,— Die Leistung an Zahlungsstatt, nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher, Tübingen 1866.

Salkowsky: Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht, Leipzig 1856.

von Salpius: Novation und Delegation nach römischem Recht, Berlin 1864.

Schauberg: Über Novation durch Wechsel (in der Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 11, S. 193 ff.).

Schwartz: Das Wesen der Novation und ihre Anerkennung im Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Göttingen 1902.

Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. 2 (Recht der Schuldverhältnisse), München 1900.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, Leipzig 1868.

Soergel: Rechtsprechung 1900/1901.

Sohm: Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 14. Aufl. Leipzig 1911.

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

Stampe: Das Causa-Problem des Zivilrechts, 1904.

v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 7/8. Aufl., 1912.

Unger: Fragmente aus einem System des österreichischen Obligationenrechts (in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15, S. 529 ff.).

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., 1869.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906.

Witte: Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Sukzession in obligatorischen Rechtsverhältnissen (in der krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Bd. 8, S. 334 ff.).

Inhalts-Übersicht.

Seite

Einleitung 1

§ 1. a) Begriffliche Erläuterungen der Annahme an Erfüllungsstatt 4

b) ihre Abgrenzung von der Annahme erfüllungshalber 13

§ 2. a) Rechtliche Natur der Annahme an Erfüllungsstatt 19

b) ihr Verhältnis zur Erfüllung 29

§ 3. Das Verhältnis der Annahme an Erfüllungsstatt einer vom Schuldner neu übernommenen Verbindlichkeit zur Novation 35

§ 4. Einzelfragen 51

§ 5. Gewährleistungspflicht des Schuldners für den an Erfüllungsstatt gegebenen Gegenstand . . 58

Einleitung.

Jedes Schuldverhältnis setzt sich notwendigerweise aus drei Bestandteilen zusammen, aus einem Gläubiger, einem Schuldner und einem Schuldobjekt, welche zueinander in Beziehung gesetzt werden durch ein schuldbegründendes Moment: Vertrag, Gesetz oder letztwillige Verfügung.

Ohne die Existenz des Schuldverhältnisses zu gefährden, kann ein jeder dieser drei Bestandteile einzeln ausscheiden und durch etwas der Obligation ursprünglich Fernstehendes ersetzt werden. So tritt an Stelle des ursprünglichen Gläubigers nach den Regeln der „Forderungsübertragung" ein anderer Gläubiger in das Schuldverhältnis ein, ein anderer als der ursprüngliche Schuldner kann die „Schuld übernehmen"

(hierher gehören auch die Fälle der Aktiv- und Passivdelegation);

und schließlich wird durch formlosen Schuldumwandlungsvertrag gemäß § 305 BGB das ursprüngliche Schuldobjekt durch ein anderes ersetzt.

In allen diesen Fällen erlischt nicht etwa das ursprüngliche Schuldverhältnis und ein neues, von jenem unabhängiges kommt zur Entstehung, vielmehr wird der

Bestand des ursprünglichen Schuldverhältnisses nicht berührt.

(bezüglich der Schuldübernahme bestritten, jedoch auch die herrschende Meinung.)

Eine derartige Ersetzung einzelner Obligationsbestandteile unter Wahrung der Identität des Schuldverhältnisses war dem römischen Recht unbekannt. Dort mußte man zu diesem Zwecke das alte Schuldverhältnis aufheben und ein neues mit verändertem Inhalt begründen. Das Mittel hierzu bot die Novation.

Nun kann es aber vorkommen, daß an Stelle des Gläubigers ein anderer die geschuldete Leistung empfängt, ohne wie bei der „Forderungsübertragung" Gläubiger geworden zu sein; daß an Stelle des Schuldners ein anderer leistet, ohne seinerseits Schuldner geworden zu sein; und daß schließlich an Stelle des Schuldobjekts ein anderer Gegenstand geleistet wird, ohne daß dieser infolge Schuldumwandlungsvertrags (§ 305) in die Obligation eingetreten ist. Und das alles mit der Wirkung, daß das Schuldverhältnis erlischt.

Es sind dies die Fälle der Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung nach Art von § 362 Abs. 2 BGB, mag der Dritte als Vertreter des Gläubigers oder mit dessen Zustimmung die Leistung empfangen; ferner des § 267 BGB, wonach jeder Dritte die geschuldete Leistung mit tilgender Kraft bewirken kann, sofern nicht persönliche Leistung des Schuldners vereinbart ist; und der Annahme an Erfüllungsstatt des § 364 BGB.

Bei diesen drei Rechtsinstituten ist von einem Wechsel der Obligationsbestandteile keine Rede. Sowohl Gläubiger wie Schuldner als auch Schuldobjekt bleiben

in obligatione; es ereignet sich aber das Merkwürdige, daß das Schuldverhältnis erlischt, ohne Inbeziehungtreten der drei Obligationsbestandteile zueinander, indem im Stadium der solutio an die Stelle eines der drei Bestandteile etwas nicht zur Obligation Gehöriges tritt, und diesen vollgültig ersetzt.

Hier soll allein das letzte der drei erwähnten Rechtsinstitute zur Sprache kommen, die Annahme an Erfüllungsstatt.

§ 1.

a) Begriffliche Erläuterungen der Annahme an Erfüllungsstatt.

§ 364 Abs. 1 BGB bestimmt: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt".

Gegenstand der Annahme an Erfüllungsstatt ist danach „eine andere als die geschuldete Leistung". Diese allgemeine Fassung bedeutet, daß alles das, was überhaupt Gegenstand einer obligatorischen Leistung sein kann, fähig ist, an Erfüllungsstatt angenommen zu werden;

(wobei es, nebenbei bemerkt, auf den Wert der hingegebenen Sache im Verhältnis zur geschuldeten nicht ankommt.)

also insbesondere: Sachen, Forderungen und Dienste.

(Vgl. Oertmann, § 364 S. 99; Crome, S. 262; Planck, § 364 S. 143; Schollmeyer, § 364 N. 3.)

Aber auch die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit durch den Schuldner, die im Bürgerlichen Gesetzbuch mehrfach der Leistung gleichgestellt oder vielmehr als Leistung aufgefaßt wird (z. B. § 817), kann — wie aus § 364 Abs. 2 erhellt — Gegenstand der Annahme an Erfüllungsstatt sein.

Im logischen Zusammenhang hiermit steht eine Frage, die sich an das erste Wort des Paragraphen „das

Schuldverhältnis“ knüpft, die aber merkwürdigerweise in der Literatur keine Beachtung gefunden hat. Die Frage nämlich, wann, in welchem Schuldverhältnis überhaupt eine Annahme an Erfüllungsstatt möglich ist.

Das Gesetz sagt ganz allgemein: „das“ Schuldverhältnis erlischt . . ., und so könnte man daraus schließen, daß jedes Schuldverhältnis dazu geeignet wäre.

(Daß hier unter „Schuldverhältnis“ stets nur ein einseitiges verstanden wird, nicht etwa ein doppelseitiges, also z. B. nur die Schuld des Käufers oder nur die des Verkäufers, nicht aber das ganze doppelseitige Schuldverhältnis, das aus dem Kaufvertrage entspringt, liegt auf der Hand.)

Das ist aber zweifellos nicht der Fall. Die Literatur scheint im Gegensatz dazu auf dem Standpunkt zu stehen, daß die Annahme an Erfüllungsstatt überhaupt nur bei Schuldverhältnissen möglich sei, die eine Veräußerung zum Gegenstand haben.

(Dieser Schluß gründet sich allein auf die Beispiele, die die Literatur für die Annahme an Erfüllungsstatt bringt, ist also mehr eine Vermutung.)

Diese Beschränkung geht jedenfalls zu weit. Das Richtige liegt wohl in der Mitte.

Denn auch bei anderen als Veräußerungsgeschäften lassen sich tatsächlich Fälle denken, in denen eine Annahme an Erfüllungsstatt durchaus möglich ist. Sowohl bei Schuldverhältnissen, die auf Gebrauchsüberlassung, als auch bei solchen, die auf Arbeitsleistung gehen, wenngleich solche Fälle nicht allzu häufig sein werden. Man denke z. B.:

A mietet von einem Kaufmann zu einem Diner ein Dutzend silberne Messer, welche er aus einer größeren Anzahl besonders ausgesucht hat. Der Kaufmann schickt

ein Dutzend Alpackamesser. A bemerkt es nicht und nimmt diese in Gebrauch. Als er bezahlen will, erfährt er es und bezahlt trotzdem.

Hier liegt Annahme an Erfüllungsstatt auf seiten des Mieters vor; also in einem Schuldverhältnis, das auf Gebrauchsgewährung geht. Und zwar wird an Stelle der Gewährung des geschuldeten Gegenstands die Gewährung eines anderen an Erfüllungsstatt angenommen.

Unter normalen Umständen wird es allerdings auf seiten des Mieters selten zu einer Annahme an Erfüllungsstatt kommen. Vielmehr wird es sich meistens um einen Schuldumwandlungsvertrag im Sinne von § 305 BGB handeln, so daß an Stelle des ursprünglichen debitums etwas anderes als debitum tritt. Das kommt daher, daß die Bewirkung der vom Vermieter geschuldeten Leistung nicht nur einen Moment in Anspruch nimmt, wie z. B. eine Veräußerung, sondern daß sie die ganze Mietszeit hindurch dauert. Denn die Verpflichtung, die der Vermieter durch den Mietvertrag übernimmt, lautet auf Gebrauchsgewährung „während der Mietszeit". Erhält nun der Mieter eine andere als die geschuldete Sache zur Miete (anders läßt sich die Annahme an Erfüllungsstatt durch den Mieter kaum denken), so wird er das gewöhnlich bald bemerken und sich darüber sogleich zustimmend oder ablehnend äußern.

Äußert er sich zustimmend, so liegt ein Schuldumwandlungsvertrag nach § 305 vor. Annahme an Erfüllungsstatt ist das nicht, denn eine solche ist erst nach vollständiger Leistung denkbar. Mit der Übergabe der Sache an den Mieter aber hat der Vermieter, wie erwähnt, seine Leistung noch lange nicht beendet.

Äußert sich der Mieter ablehnend, so bleibt eben die ursprüngliche Schuld bestehen. Von einer Tilgung kann keine Rede sein.

Annahme an Erfüllungsstatt von seiten des Mieters ist also nur denkbar, wenn sich der Mieter, wie in obigem Beispiel, nach Ablauf der Mietszeit mit dem aliud einverstanden erklärt.

Ein weiteres Beispiel für die Anwendbarkeit der Annahme an Erfüllungsstatt bei Schuldverhältnissen, die nicht auf Veräußerung gehen:

A überträgt einem Baumeister den Bau eines Hauses nach dem Plane X (Werkvertrag). Der Baumeister führt ein Haus auf nach dem Plane Y. A nimmt dieses Haus an Erfüllungsstatt an.

Hier liegt Annahme an Erfüllungsstatt in einem Schuldverhältnis vor, das auf Arbeitsleistung geht.

Zum Unterschied vom Mietfall läßt sich hier die Annahme an Erfüllungsstatt auch in der Weise denken, daß nicht nur an Stelle der geschuldeten Arbeitsleistung eine andere Arbeitsleistung tritt, sondern daß die Arbeitsleistung durch eine ganz andere Leistung, etwa durch eine Veräußerung, ersetzt wird. Unsern Fall kann man folgendermaßen variieren:

A überträgt einem Baumeister den Bau eines Hauses nach dem Plane X. Statt das auszuführen, bietet der Baumeister, der gerade ein ähnliches Haus fertig stehen hat, dieses dem A als Erfüllung an. A nimmt es an.

Hier wird an Stelle der geschuldeten Herstellung eines Werkes die Veräußerung eines (anderen) Gegenstandes an Erfüllungsstatt angenommen.

Aus diesen Beispielen erhellt zur Genüge, daß die Anwendbarkeit der Annahme an Erfüllungsstatt nicht allein auf Schuldverhältnisse beschränkt ist, die auf Veräußerung gerichtet sind. Mögen auch diese Fälle praktisch seltener sein, so ist doch mit ihrer Existenz zu rechnen. Wie wenig dieses aber bei der Abfassung des § 365 BGB geschehen ist, obgleich diese Fälle gerade auf dem Gebiete der Mängelhaftung von Wichtigkeit sind, soll im § 5 des näheren gezeigt werden.

Soweit nun aber die Annahme an Erfüllungsstatt möglich ist, ist sie grundsätzlich auch zulässig. Immerhin finden sich von diesem Grundsatze erhebliche Abweichungen, die in Form von gesetzlichen Verboten auftreten. Eine ganze Anzahl solcher Verbote haben wir im Bürgerlichen Gesetzbuch wie in anderen Reichsgesetzen.

Bereits Kaiser Konstantin hat in einem Falle die Annahme an Erfüllungsstatt nicht gestattet, indem er nämlich verordnete, daß eine Vereinbarung, wonach im Falle nicht rechtzeitiger Befriedigung des Gläubigers diesem ein Pfand zu Eigentum verfallen solle (lex commissoria), nichtig sei.

Diesem römischen Verbote entsprechen heute die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in den §§ 1149 und 1229.

Nach § 1229 ist die Vereinbarung, daß dem Pfandgläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Befriedigung das Eigentum an der Pfandsache zufallen oder übertragen werden solle, nichtig, falls dieselbe vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung — also gemäß § 1228 Abs. 2 BGB: vor Fälligkeit der Forderung — getroffen ist.

Eine ähnliche Bestimmung findet sich für das Hypothekenrecht im § 1149.

Hiernach kann der Grundstückseigentümer dem Hypothekengläubiger nicht eher das Recht einräumen, zur Befriedigung die Übertragung des Eigentums zu verlangen oder die Veräußerung auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken, als bis die Hypothekenforderung ihm gegenüber fällig geworden ist.

Ein weiteres Verbot der Annahme an Erfüllungsstatt enthält § 195 Abs. 3 HGB für das Aktienrecht.

Danach ist vor der Anmeldung der Aktiengesellschaft zum Handelsregister der eingeforderte Betrag der Einlagen, der mindestens 1/4 des Nennbetrages der Aktien (im Falle der Überpariemission auch den Mehrbetrag) umfassen muß, „in bar" einzuzahlen.

(Falls keine sogenannte qualifizierte Gründung vorliegt.)

Dabei gilt als Barzahlung nur die Zahlung in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen, sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken.

Schließlich sind hier noch die §§ 115—119 GewO heranzuziehen, in denen das sogenannte Trucksystem verboten wird.

Die Lohnzahlung der gewerblichen Arbeiter in anderer Weise als in Geld ist mit geringen Ausnahmen (Lebensmittel, Feuerungsmaterialien usw.) nicht gestattet. Mögen auch die Arbeiter andere Gegenstände an Erfüllungsstatt annehmen, so ist doch diese Lohnzahlung nichtig; sie können trotzdem Barzahlung nachfordern, der Arbeitgeber darf das Geleistete nicht zurückver-

langen (dieses fällt bestimmten Kassen zu), er macht sich obendrein noch strafbar.

Abgesehen von diesen hier im wesentlichen vollzählig aufgeführten Ausnahmen ist aber die Annahme an Erfüllungsstatt, soweit möglich, unbeschränkt zulässig.

§ 364 Abs. 1 BGB sagt weiter:

Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger . . . „annimmt".

Damit setzt sich das Bürgerliche Gesetzbuch in strikten Gegensatz zum römischen Recht. Denn während „nach dem unzweideutigen Zeugnis der Quellen"

(vgl. z. B. pr. J. quib. mod. obl. toll. — 3,29 —; Gaius, III 168.)

die Forderung des Gläubigers bereits mit der „datio" in solutum, mit der „Leistung" erlosch, eine Tatsache, die sich nicht anders erklären läßt, als daß dem Schuldner durch das pactum de in solutum dando eine facultas alternativa (hinsichtlich des aliud) eingeräumt wurde, wird nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Schuldverhältnis erst mit der „Annahme" seitens des Gläubigers getilgt.

(Auf den hier hervortretenden Vertragscharakter der Annahme an Erfüllungsstatt wird unten im § 2a näher eingegangen werden.

Aus dem Umstand, daß im Römischen Recht die obligatio bereits mit der Leistung erlosch, erklärt sich auch die Bezeichnung dieses Rechtsinstituts als „datio" in solutum.

Da aber heute kraft positiver Gesetzesvorschrift die Annahme durch den Gläubiger für die Beendigung der Obligation von ausschlaggebender Bedeutung ist,

muß die Bezeichnung der römischen datio als „Hingabe" oder „Leistung" an Erfüllungsstatt als ungenau und den Kernpunkt des heutigen Instituts nicht treffend bezeichnet werden. Es erscheint darum angezeigt, dem Beispiele Berndorffs („Die Annahme an Erfüllungsstatt", Diss. Berlin 1904) und mehrerer anderer Autoren (z. B. v. Staudinger) folgend, den Namen „Annahme" an Erfüllungsstatt zur Anwendung zu bringen.

„An Erfüllungsstatt" muß die Annahme erfolgen, d. h. mit dem Willen, die Leistung des aliud hinsichtlich der Schuldtilgung wie die Bewirkung der geschuldeten Leistung ansehen zu wollen, oder kurz: in Schuldtilgungsabsicht.

Ist die Annahme des aliud in Schuldtilgungsabsicht erfolgt, so „erlischt das Schuldverhältnis", wie § 364 Abs. 1 BGB sagt. Das bedeutet, die Obligation hört auf zu bestehen, sie wird ipso iure getilgt (vgl. Mot. Bd. II S. 78). Die Wirkung der Annahme an Erfüllungsstatt ist also dieselbe wie die der Bewirkung der geschuldeten Leistung.

(Diese ipso iure-Wirkung der Annahme an Erfüllungsstatt ist für das heutige Recht unbestritten. Sie war es nicht in der römischen Jurisprudenz vor Gaius. Hier behaupteten die Prokulianer im Gegensatz zu den Sabinianern, daß die datio in solutum nur ope exceptionis — doli mali — das Schuldverhältnis beendige. Vgl. darüber ausführlich Fehr, S. 26/27.)

Erlischt aber das Schuldverhältnis, so erlöschen auch alle seine Akzessorien, mag es sich um die dem Gläubiger lästigen Einreden oder die ihm günstigen Sicherungen, wie Bürgschaften, Pfänder oder Hypotheken, handeln.

Schließlich ist aus der Fassung des § 364 Abs. 1 BGB: „wenn" der Gläubiger annimmt, . . . noch zu entnehmen — was als einigermaßen selbstverständlich gelten darf —, daß die Annahme ganz im Belieben des Gläubigers steht. Er kann nicht gezwungen werden, eine andere als die geschuldete Leistung anzunehmen.

Nur im Römischen Recht bestand hiervon eine Ausnahme, und zwar in dem von Justinian geschaffenen beneficium dationis in solutum.

Kraft dieses beneficiums konnte der Schuldner seinen Zahlung begehrenden Gläubiger zur Annahme seiner Immobilien zum Taxwerte zwingen, sofern sich kein Käufer für sie fand.

(Nach der Nov. 4 c. 3 konnte der Gläubiger unter den verschiedenen Grundstücken des Schuldners wählen, ein Recht, das ihm die Nov. 120 c. 6 wieder nahm.)

Dieses beneficium wurde im RIN § 172 für Schuldner, die im Dreißigjährigen Kriege verarmt waren, aufrecht erhalten und sogar auf Mobilien ausgedehnt.

Einen derartigen Zwang für den Gläubiger kennt unser heutiges Recht nicht mehr; wie auch andererseits der Schuldner im allgemeinen nicht gezwungen werden kann, zur Befriedigung des Gläubigers etwas anderes als das debitum zu leisten. Hiervon gibt es jedoch eine Ausnahme, die sich aber im engen Rahmen hält.

Nach § 1282 BGB kann der Pfandgläubiger, soweit er zur Einziehung einer ihm verpfändeten Geldforderung berechtigt ist, verlangen, daß ihm dieselbe „an Zahlungsstatt" abgetreten werde.

Dieselbe Bestimmung, nur etwas weiter, enthält für

das Pfändungspfandrecht § 835ZPO. Hiernach kann der Gläubiger beanspruchen, daß ihm eine gepfändete Forderung „an Zahlungsstatt“ überwiesen werde.

(Die beiden in § 835 Abs. 1 ZPO. enthaltenen Fälle entsprechen etwa der Unterscheidung des materiellen Rechts zwischen Annahme an Erfüllungsstatt und Annahme erfüllungshalber.)

Von diesen beiden Ausnahmefällen für den Schuldner abgesehen hängt es jedoch ganz vom freien Willen der Parteien ab, ob sie einen Erfüllungsannahmevertrag schließen wollen oder nicht.

b) Die Abgrenzung der Annahme an Erfüllungsstatt von der Annahme erfüllungshalber.

§ 364 Abs. 2 BGB sagt:

„Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt.“

Es streitet also eine Vermutung dafür, daß die vom Schuldner neu übernommene Verbindlichkeit nicht an Erfüllungsstatt, sondern nur „erfüllungshalber“ eingegangen bzw. angenommen ist.

Was bedeutet denn „erfüllungshalber“, und wie verhält sich die Annahme erfüllungshalber zur Annahme an Erfüllungsstatt?

Die Beantwortung dieser Fragen muß um so wichtiger erscheinen, als das Institut der Annahme erfüllungshalber bisher nur wenig in der Literatur behandelt worden ist. Man findet meist nur folgenden Satz:

Im Falle der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit durch den Schuldner (§ 364 Abs. 2 BGB) sei — sofern es sich um keine Annahme an Erfüllungsstatt handele — der Gläubiger verpflichtet, zunächst aus der neuen Verbindlichkeit Befriedigung zu suchen.

(Vgl. z. B. Oertmann, § 364 No. 3; Müller, in Seufferts Blätter für Rechtsanw., Bd. 70 S. 557; Soergel, Rechtspr. 1900/01 zu § 364; u. a.)

Hierzu ist zu bemerken: aus der Tatsache, daß die Literatur die Annahme erfüllungshalber allein bei Behandlung der Vermutung des § 364 Abs. 2 erwähnt, und vor allem aus der Art dieser Erwähnung ist der Schluß zu ziehen, daß sie die Auffassung vertritt, die Annahme erfüllungshalber sei auf den Fall der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit durch den Schuldner beschränkt. Ein Grund hierfür ist aber nicht einzusehen.

Ob freilich alles das, was Gegenstand der Annahme an Erfüllungsstatt ist, auch erfüllungshalber angenommen werden kann, darf zweifelhaft erscheinen. Mit Melcher (S. 54)

(Melcher und Müller sind die einzigen, die diesen Punkt berühren.)

wird man diese Frage aber zu bejahen haben. Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß jeder der in Betracht kommenden Gegenstände in jedem Schuldverhältnis erfüllungshalber angenommen werden könne, vielmehr soll es nur heißen, daß alles dies generell geeignet ist, Gegenstand der Annahme erfüllungshalber zu sein; mag es sich nun um Dinge handeln, die ihrer Natur nach eine Ausbeute gestatten, wie einzelne

Sachen und Rechte, oder mag es sich um Dinge handeln, die dem Gläubiger zum Verkaufe gegeben werden, damit er sich aus ihrem Erlös befriedige.

Inhaltlich das Gleiche sagt Müller (Seuff. Bl. Bd. 70 S. 559) bei Aufzählung dessen, was Gegenstand der Annahme erfüllungshalber sein kann, fügt aber unter No. 3 noch Folgendes hinzu: Es könne die Hingabe erfüllungshalber auch erfolgen „durch Einräumung bzw. Übertragung des Rechts, insbesondere des Eigentumsrechts an einer Sache oder an einem Grundstück".

Wie dieser Fall gedacht ist, ist nicht recht zu ersehen. Es scheint aber eine Verwechslung mit der stets unverbindlichen „Hingabe" einer andern als der geschuldeten Sache zum Zwecke der Annahme an Erfüllungsstatt vorzuliegen (ohne daß diese zunächst erfolgt ist). Dies ist aus folgendem, gelegentlich der näheren Darlegung des Falles No. 3 vorkommenden Satze (S. 570) zu schließen:

„Hat der Gläubiger den erfüllungshalber hingegebenen Gegenstand angenommen, so liegt Annahme an Erfüllungsstatt vor."

An Annahme erfüllungshalber (im weitesten Sinne) zum Zwecke der Annahme an Erfüllungsstatt

(vgl. folgende Seite: Melchers Einteilung der Leistungen solvendi causa in unmittelbar schuldtilgende und solche erfüllungshalber im weitesten Sinne.)

kann Müller nicht gedacht haben, denn auch hier muß — wie bei jeder Annahme erfüllungshalber — eine Realisierung des aliud (naturaliter oder civiliter) stattfinden, und erst das Produkt dieser Realisierung unterliegt der Annahme an Erfüllungsstatt. Bei Müller

aber wird der — wie er sagt — „erfüllungshalber“ gegebene Gegenstand ohne Realisation, so wie er ist, an Erfüllungsstatt angenommen. Es kann sich also nur um die Hingabe zum Zwecke der Annahme an Erfüllungsstatt handeln, die aber keinesfalls als „Hingabe erfüllungshalber“ bezeichnet werden darf.

Es bleibt also bezüglich des Gegenstandes der Annahme erfüllungshalber bei obiger Abgrenzung.

Wie weit nun im einzelnen Falle, bei einem konkreten Schuldverhältnis diese verschiedenen zulässigen Dinge erfüllungshalber gegeben und angenommen werden können, ist eine weitere Frage.

Aufklärend hat hier Melcher (S. 44/55) gewirkt. Er teilt die Leistungen solvendi causa ein in unmittelbar schuldtilgende (wie die Bewirkung der geschuldeten Leistung und die Annahme an Erfüllungsstatt) und in Leistungen, welche die Tilgung einer Schuld nur vorbereiten (Leistungen erfüllungshalber im weitesten Sinne).

Letztere zerfallen wieder:

a) in Leistungen zum Zwecke der Erfüllung (erfüllungshalber im engeren Sinne). Das sind solche Leistungen, die auf denselben Gegenstand lauten wie die eigentliche Schuld, die also bei naturaler oder ziviler Realisierung unmittelbar Erfüllung herbeiführen;

b) in Leistungen zum Zwecke der Annahme an Erfüllungsstatt. Das sind solche, die auf einen anderen Gegenstand als den geschuldeten lauten, und darum bei ihrer Verwirklichung nicht Erfüllung herbeiführen können, bei denen es vielmehr noch vor-

erst einer weiteren Betätigung des Gläubigerwillens (Annahme an Erfüllungsstatt) bedarf, um die Tilgung der Schuld herbeizuführen.

(Das Versprechen der Annahme an Erfüllungsstatt kann bereits in der Annahme der Leistung erfüllungshalber liegen.)

Unter den eigentlichen Begriff der Annahme erfüllungshalber fallen hiernach also nur die unter a) genannten Leistungen, das sind die, welche auf dasselbe Ziel gerichtet sind wie die Schuld, so daß mit Erreichung dieses Zieles das Schuldverhältnis von selbst erlischt (Erfüllung).

Daraus folgt, daß in einem konkreten Schuldverhältnis aus der Zahl des Möglichen nur das erfüllungshalber gegeben werden kann, was bei ziviler oder naturaler Verwirklichung der geschuldeten Leistung gleichkommt.

Nachdem so der Gegenstand der Annahme erfüllungshalber in genereller Beziehung erweitert, andererseits im konkreten Fall beschränkt ist, kann es als richtig anerkannt werden, was die Literatur über die Annahme erfüllungshalber sagt;

(Oertmann, § 364 No. 3; Müller, in Seufferts Blätter für Rechtsanw., Bd. 70 S. 557; Soergel, Rechtspr. 1900/01 zu § 364; u. a.)

daß nämlich der Gläubiger verpflichtet sei, zunächst aus dem erfüllungshalber Gegebenen Befriedigung seiner Forderung zu suchen und für den Fall, daß er ohne sein Verschulden keine Befriedigung erhält, berechtigt sei, auf die alte Forderung zurückzugreifen (ebenso JW 1901 S. 867).

Bei einer Gegenüberstellung der Annahme erfül-

lungshalber und der Annahme an Erfüllungsstatt nunmehr ergibt sich, daß die Annahme an Erfüllungsstatt das Schuldverhältnis tilgt, indem sie ein anderes als das ursprünglich beabsichtigte Ziel erreicht; während die Annahme erfüllungshalber das Schuldverhältnis nicht tilgt, sondern dessen Tilgung nur vorbereitet, indem sie das ursprünglich beabsichtigte Ziel beibehält und nur zur Erreigung dieses Zieles einen neuen Weg schafft (ebenso Melcher, S. 61). Durch die Annahme an Erfüllungsstatt wird der Schuldner demgemäß unmittelbar frei, während bei der Annahme erfüllungshalber die Befreiung des Schuldners erst eintritt mit der Realisierung des erfüllungshalber Geleisteten, also da dieses auf denselben Gegenstand lauten muß wie die Schuld: mit wirklicher Erfüllung.

Auf den Unterschied beider Rechtsinstitute hinsichtlich ihrer juristischen Natur kann hier nicht eingegangen werden, es soll aber im nächsten Kapitel im Anschluß an die rechtliche Natur der Annahme an Erfüllungsstatt darüber kurz gehandelt werden.

§ 2.

a) Rechtliche Natur der Annahme an Erfüllungsstatt.

Über die rechtliche Natur der Annahme an Erfüllungsstatt herrschen von jeher die verschiedensten Meinungen. Im gemeinen Rechte sah man zunächst die datio in solutum als reinen obligatorischen Vertrag an; sei es, daß man sie mit Kauf, Tausch oder einem andern der vorhandenen obligatorischen Verträge identifizierte, sei es, daß man sie für eine Kombination zwischen zwei der bekannten Vertragstypen hielt, wie etwa für einen Kauf verbunden mit einem Kompensationsvertrag;

(eine Auffassung, auf die wegen ihrer Häufigkeit unten näher eingegangen werden soll.

sei es schließlich, daß man sie als neuen, selbständigen, von den vorhandenen Vertragstypen verschiedenen (obligatorischen) Vertrag betrachtete.

Diese Auffassung der datio in solutum als rein obligatorischer Vertrag hat sich mit der Zeit einer Wandlung unterzogen, und zwar immer mehr zu Gunsten der solutorischen Natur unseres Instituts.

Bald fand man, daß die datio „in der Hauptsache" solutorischen Charakter trage, machte aber der älteren Auffassung eine Konzession, indem man ihr außerdem auch noch obligatorische Wirkungen beilegte.

Schließlich brach sich die Erkenntnis Bahn, beginnend mit Ernst (die Folgen mangelhafter Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt), daß man in der datio in solutum ein rein solutorisches Rechtsgeschäft zu erblicken habe, ohne jede obligatorische Beimischung.

Alle diese drei Ansichten sind jedoch auch heute noch vertreten. Bei der dürftigen Behandlung dieser Frage durch die wissenschaftlichen Autoritäten ist es freilich schwer, eine klare Auffassung vom Stande der Wissenschaft zu erlangen. Man kann sich allein an die Spezialliteratur halten, die sich allerdings mehrfach hierüber ausgelassen hat; ihr verdankt man darum allein die wachsende Erkenntnis auf diesem Gebiete.

Danach ist heute die Auffassung der Annahme an Erfüllungsstatt als rein obligatorischer Vertrag ein überwundener Standpunkt, wenn ihr auch immer noch vereinzelt gehuldigt wird.

So sagt Goldmann-Lilienthal (§ 107 Anm. 6) unzweideutig: Durch die Hingabe an Erfüllungsstatt „wird ein Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Geber begründet."

Zweifelhaft kann es sein, welcher Ansicht Rehbein, Stammler und Kohler zuneigen.

Rehbein (S. 291) sagt, die Annahme an Erfüllungsstatt sei „rechtlich etwas anderes als Kauf", Stammler (S. 229) nennt sie „einen gegenseitigen Vertrag, der nach Art eines Kaufes zu behandeln" sei.

(Daß die Verfasser des BGB. selbst nicht etwa die Annahme an Erfüllungsstatt als Kauf aufgefaßt, noch schlechthin nach Kaufrecht behandelt wissen wollten — was man vielleicht aus § 365 folgern könnte —, geht unzweideutig

aus den Motiven — II S. 83 — hervor. Hier heißt es: „Durch die Vorschrift des § 265 — jetzt § 365 — ist übrigens keineswegs ausgesprochen, daß die datio in solutum als Kauf gelte oder gleich einem Kauf zu beurteilen sei. Es sind nur gewisse beim Kaufgeschäfte vorzugsweise geltende Grundsätze auf die datio in solutum anzuwenden."

Dem widerspricht offenbar die Reichsgerichtsentscheidung im „Recht" 1907 S. 55, in welcher es heißt: „Die Hingabe an Zahlungsstatt steht nach dem Gesetz dem Verkaufe gleich.")

Kohler schließlich (§ 70 VII) hält sie für „eine Art Tauschvertrag", die den Regeln dieses folge.

Man geht wohl nicht fehl, in diesen Äußerungen Spuren der obligatorischen Natur der Annahme an Erfüllungsstatt zu sehen.

Eine ganze Reihe von Schriftstellern äußert sich über diesen Punkt gar nicht, so Dernburg, Windscheid-Kipp, Oertmann, Enneccerus-Lehmann u. a.

v. Staudinger (§ 364, 1a) und Planck (§ 364, 1) beschränken sich darauf, die Annahme an Erfüllungsstatt „einen Realvertrag" zu nennen, sodaß man nicht recht weiß, was man davon zu halten hat. Unter „Realvertrag" ohne jeden Zusatz ist man geneigt, einen obligatorischen Realvertrag zu verstehen. Und daß dieses auch tatsächlich darunter verstanden wird, beweist neben Stammler und Kohler vor allem Goldmann-Lilienthal, welcher zwar auch schlechtweg von „Realvertrag" spricht, aber (§ 107 Anm. 6) keinen Zweifel darüber läßt, daß er einen „obligatorischen" Realvertrag im Sinne hat. Ob v. Staudinger und Planck nun wirklich auch dieser Ansicht sind, mag dahingestellt bleiben.

Vorsichtiger drückt sich Crome (§ 187 I, 1) aus, indem er von einem „Realgeschäft“ spricht.

Allein Schollmeyer (§ 364, 1) redet deutlich und nennt unser Institut „einen zweiseitigen solutorischen Realvertrag“.

In demselben Sinne äußert sich auch die gesamte Spezialliteratur. So sagt Berndorff (S. 22): „Die Annahme an Erfüllungsstatt ist ein solutorisches Geschäft“; Melcher (S. 38): „Realkontrakt mit rein solutorischem Charakter“; van Koolwyk (S. 15): „Es ist die Annahme an Erfüllungsstatt ein Rechtsgeschäft, das nicht obligatorische Bindung erzeugen, sondern das die bestehende Obligation aufheben soll, die datio in solutum wird distrahendi causa vorgenommen und nicht contrahendi causa“. Ebenso Clausen (S. 17), Fehr (S. 45) u. a.

Dieser Auffassung ist unbedenklich beizutreten. Es soll nun die Frage ventiliert werden, warum die Annahme eines obligatorischen Charakters der „datio“ unhaltbar ist und dem Wesen unseres Instituts ganz und gar nicht entspricht.

Nimmt man einen obligatorischen Vertrag an, so bieten sich zwei Möglichkeiten. Es kann ein obligatorischer Konsensualvertrag oder ein Realvertrag sein.

Wer die Annahme an Erfüllungsstatt als obligatorischen Konsensualvertrag auffaßt, verwechselt sie offenbar mit dem ihr vielfach vorangehenden Vorvertrag, dem sogenannten pactum de in solutum dando. Ein Fehler übrigens, dem man auch in der Spezialliteratur nicht selten begegnet, wenn auch meist in anderem Zusammenhang.

Dieses pactum kann allerdings obligatorischer Natur sein, und zwar entweder in der Weise, daß nur der Gläubiger verpflichtet wird, etwas anderes als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt anzunehmen, oder außerdem der Schuldner, das aliud zu leisten, ohne damit aber irgendwie die Sphäre der alten Obligation zunächst zu berühren.

Ausdrücklich hervorgehoben werden muß aber, daß dieser Vorvertrag durchaus nicht unbedingt erforderlich ist und auch faktisch gar nicht selten fehlt. Es kann darum nicht angängig sein, ihm irgendeine Bedeutung für die Mängelhaftung beizumessen, und — wie einige Autoren es tun — die dem Schuldner obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Rechts- und Sachmängel auf dieses pactum zurückführen.

Andererseits ist auch die Auffassung Berndorffs (S. 84), Fehrs (S. 20) u. a. als verfehlt zu bezeichnen, welche behaupten, durch das pactum de in solutum dando räume der Gläubiger dem Schuldner eine facultas alternativa ein, sich durch Leistung eines anderen als des geschuldeten Gegenstandes von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Träfe das zu, so würde der Schuldner bereits mit der Leistung und nicht erst mit der Annahme von Seiten des Gläubigers frei; eine Auffassung, die wohl im römischen Recht Geltung gehabt haben mag, die sich aber mit der Annahme an Erfüllungsstatt des § 364 BGB nicht vereinen läßt.

Natürlich steht dem nichts im Wege, daß der Gläubiger dem Schuldner nachträglich eine facultas alternativa einräumt. Eine derartige Vereinbarung bezieht sich dann aber auf den Inhalt der Schuld (vgl. Kretsch-

mar S. 130] und hat nichts mit der Annahme an Erfüllungsstatt bzw. ihrem Verwertrag zu tun.

Wer dagegen einen obligatorischen Realvertrag annimmt, hat zwar den Erfüllungsannahmevertrag im Auge, übersieht aber, daß mit Abschluß dieses Vertrages die vermeintliche Verpflichtung des Gläubigers, den hingegebenen Gegenstand an Erfüllungsstatt anzunehmen, die nach jener Ansicht durch den Realvertrag erst entstehen soll, immer schon erfüllt ist, ja, daß sie immer schon erfüllt sein muß. Denn die Möglichkeit für das Entstehen einer Verpflichtung könnte doch erst im Abschluß des Erfüllungsannahmevertrages liegen. In diesem Moment hat aber der Gläubiger seine Leistung — Befreiung des Schuldners durch Annahme eines aliud — notwendigerweise schon bewirkt (sonst läge keine Annahme an Erfüllungsstatt vor). Eine Verpflichtung zu dieser Leistung war aber nie vorhanden, es sei denn, der Gläubiger hätte sich durch das pactum de in solutum dando gebunden.

Mag man also einen Konsensual- oder Realvertrag annehmen, die Auffassung der Annahme an Erfüllungsstatt als obligatorischer Vertrag ist unhaltbar. Man achte einmal auf die Absicht der Parteien! Bezwecken sie etwa eine neue obligatorische Bindung, oder wollen sie nicht vielmehr einzig und allein das bestehende Schuldverhältnis lösen?

So kommen denn auch die Motive (II. S. 280) zu einem ähnlichen Ergebnis. Sie sagen: „Die datio in solutum ist das solutorische, dinglich wirkende Rechtsgeschäft zwischen den Parteien, durch welches vermittelst der Hingabe und Annahme des surrogierten Gegen-

standes der Gläubiger befriedigt und somit das Schuldverhältnis unmittelbar zum Erlöschen gebracht wird."

Was hier die „dingliche" Wirkung betrifft, so scheint in der Beifügung dieses Attributs eine ähnliche Verwechslung zu liegen, wie die später unten (§ 2 b) gerügte zwischen Leistung und Erfüllung. Die Annahme an Erfüllungsstatt beendigt die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien, ihre Wirkung bezieht sich also lediglich auf die Obligation. Anders ist es mit der Leistung. Diese bestimmt die Rechtslage des Objekts, hat also dingliche Wirkung. Ebenso die Leistung des Schuldners zum Zwecke der Annahme an Erfüllungsstatt, nie aber die Annahme selbst.

Das Wesentliche an den zitierten Worten der Motive bleibt aber, daß die Annahme an Erfüllungsstatt als „solutorisches Rechtsgeschäft" bezeichnet wird.

Ein Grund gegen die Annahme des solutorischen Charakters der „datio" ist nirgends vorgebracht, auch nicht erfindlich. Ist doch auch unserem bürgerlichen Recht ein solutorischer Vertrag nichts Unbekanntes. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst hat einen solchen in dem Erlaßvertrage des § 397 geregelt, und auch der sogenannte Aufrechnungsvertrag — wohl zu unterscheiden von der einseitigen Aufrechnung — ist hinsichtlich seiner rechtlichen Natur mit den beiden erwähnten Rechtsinstituten in eine Reihe zu stellen.

Wenn man die Annahme an Erfüllungsstatt als „solutorischen Realvertrag" bezeichnet, wie dies Schollmeyer u. a. tun, so ist dagegen nichts einzuwenden. Eine derartige Bezeichnung kann nicht irreführen. Und in der Tat liegt insoweit ein „Realvertrag" vor, als der

schuldnerischen Willenserklärung bei Abschluß des Erfüllungsannahmevertrages ein reales Moment anhaftet,

(In diesem Sinne enthält auch der Fall, daß der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt, ein reales Moment. Ebenso Berndorff, S. 40; anders Clausen, S. 17.)

ohne aber daß diese res eine Verpflichtung auf seiten des Gläubigers auslöste.

Schließlich ist noch ein Wort darüber zu sagen, daß Scholl meyer unser Institut einen „zweiseitigen" solutorischen Realvertrag nennt.

„Zweiseitig" ist nicht das richtige Wort. Es ist uns nur bei obligatorischen Verträgen geläufig. In Wirklichkeit soll damit aber nichts anderes als das Moment der Entgeltlichkeit bezeichnet werden, das der Annahme an Erfüllungsstatt innewohnt. Der Schuldner leistet nämlich sein aliud nicht umsonst. Er erhält dafür gewissermaßen als Gegenleistung die Befreiung von seiner Verbindlichkeit durch die Annahme von seiten des Gläubigers. Und so ist in der Tat die Annahme an Erfüllungsstatt ein entgeltlicher Vertrag.

(Daß man dieser Tatsache allzu große Bedeutung beigemessen hat, welche unserem Institut auf dem Gebiet der Mängelhaftung verhängnisvoll geworden ist, wird im § 5 des näheren gezeigt werden.)

Das Ergebnis ist folgendes: Hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur ist die Annahme an Erfüllungsstatt ein entgeltlicher solutorischer Realvertrag.

Um den Zusammenhang dieser Betrachtungen nicht zu zerreißen, ist bisher auf die so überaus häufige Auffassung, wonach die Annahme an Erfüllungsstatt ein

Kauf verbunden mit einem Kompensationsvertrag sein soll, nicht näher eingegangen, in einer Anmerkung aber ihre Behandlung oben bereits in Aussicht gestellt.

Warum die Bezeichnung der „datio" als Kauf unhaltbar ist, ist schon früher dargelegt. Hier soll zur Ergänzung nur gesagt werden, daß es in praxi durchaus möglich ist, daß die Parteien einen Kauf verbunden mit einem Kompensationsvertrag abschließen. Das hängt ganz von dem Willen der Parteien ab. Dieser Fall hat aber, das sei ausdrücklich betont, mit der Annahme an Erfüllungsstatt gar nichts zu tun.

Man wird immer dann Kauf mit Kompensationsvertrag anzunehmen haben, wenn die Parteien in erster Linie „Güterumsatz gegen Entgelt" beabsichtigen (vgl. Ernst S. 7); liegt dagegen in erster Linie Tilgungsabsicht vor, so handelt es sich stets um Annahme an Erfüllungsstatt, mag auch außerdem noch bei der einen oder anderen Partei der Umsatzwille vorhanden sein.

Diese Abgrenzung der Annahme an Erfüllungsstatt von Kauf mit Kompensationsvertrag wird in gleicher Weise von Ernst (S. 7 und 8) und Quander (S. 12) vorgenommen. Abweichend formuliert Berndorff (S. 31/32) den Unterschied, indem er nur dann Annahme an Erfüllungsstatt annimmt, wenn die Absicht der Parteien „lediglich" auf Schuldtilgung gerichtet war. Bezweckten die Parteien oder auch nur eine von beiden nebenher auch wirtschaftlichen Umsatz, so handele es sich stets um Kauf verbunden mit einem Kompensationsvertrag. Ein Grund für diese Beschränkung der Annahme an Erfüllungsstatt ist nicht einzusehen. Mit demselben Recht könnte Berndorff auch für den Kauf

einzig und allein Umsatzabsicht verlangen und Kauf dann verneinen, wenn außer Umsatz nebenher noch Schuldtilgung beabsichtigt wurde.

Wann Tilgungsabsicht (Annahme an Erfüllungsstatt), wann Umsatzabsicht (Kauf mit Kompensationsvertrag) praktisch vorliegt, das zu entscheiden, weist Ernst (S. 7) folgenden annehmbaren Weg: Man frage sich, ob der Umsatz des debitums gegen das aliud auch gewollt sei für den Fall, daß keine Forderung besteht und eine solche bloß irrtümlich angenommen ist.

Ist das der Fall, so liegt Kauf mit Kompensationsvertrag vor, andernfalls Annahme an Erfüllungsstatt. Die Entscheidung dieser Frage ist praktisch von Wichtigkeit, worauf van Koolwyk (S. 12) mit Recht hinweist. „Gibt" nämlich „der Schuldner dem Gläubiger einen Gegenstand an Erfüllungsstatt, so kann er ihn zurückverlangen, wenn sich nachher herausstellt, daß die alte Schuld nicht bestand. Liegt dagegen Kauf vor, so ist dieser Anspruch ausgeschlossen und dem Schuldner nur die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises zu geben."

Zum Schlusse dieses Abschnitts mag noch mit einem Wort der rechtlichen Natur der Annahme erfüllungshalber im Gegensatz zur Annahme an Erfüllungsstatt Erwähnung getan werden.

Wie oben (§ 1 b) gezeigt, wird der Gläubiger durch die Annahme erfüllungshalber verpflichtet, seine Befriedigung zunächst aus dem aliud zu suchen. Hier liegt also in der Tat ein obligatorischer Vertrag vor, und zwar, da wie bei der Annahme an Erfüllungsstatt der schuldnerischen Willenserklärung ein reales Moment an-

haftet, ein obligatorischer Realvertrag. Welcher Art aber dieser Vertrag ist, darüber gehen die Meinungen auseinander.

Römer (Abhandlungen aus dem Römischen Recht, dem Handels- und Rechselrecht, Heft 1 S. 81 ff.) u. a. halten die Annahme erfüllungshalber für ein pactum de non petendo, für einen bedingten Erlaßvertrag. Mit Melcher (S. 59) wird man anzunehmen haben, daß es sich auch hier, wie bei der Annahme an Erfüllungsstatt, um ein besonders geartetes Rechtsinstitut handelt.

b) Das Verhältnis der Annahme an Erfüllungsstatt zur Erfüllung.

Das Gesetz behandelt die Annahme an Erfüllungsstatt unter der Überschrift „Erfüllung". Um das Verhältnis der Annahme an Erfüllungsstatt zur Erfüllung darzutun, bezeichnet man die Annahme an Erfüllungsstatt vielfach als Surrogat der Erfüllung. Wenn das richtig ist, so muß die Annahme an Erfüllungsstatt mit der Erfüllung auf einer Stufe stehen, für das Schuldverhältnis dieselbe Bedeutung haben wie diese. Das soll nun im Folgenden geprüft werden.

Zu diesem Behufe ist zunächst erforderlich auf das Wesen der Erfüllung näher einzugehen.

Die Erfüllung wird als Vertrag, als einseitiges Rechtsgeschäft und als Faktum charakterisiert.

Eine weitverbreitete Auffassung

(z. B. Cosack, § 102 II; Matthiass, S. 415/16; Crome, § 182 No. 2; u. a.)

geht dahin, daß sie zwar nicht notwendig, wohl aber in den meisten Fällen Vertragsnatur habe, eine Ansicht,

die für das gemeine Recht als die herrschende zu bezeichnen ist.

Die Annahme der Vertragsnatur ist aber unhaltbar. Sie beruht auf einer Verwechslung zwischen Leistung und Erfüllung. Diese — allgemein verbreitete — Verwirrung als erster gelöst zu haben, ist das unbestreitbare Verdienst Kohlers.

In seiner Abhandlung über Annahme und Annahmeverzug (in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 261 ff.) hebt er gleich zu Anfang (S. 261/62) hervor, daß selbst da, wo zur Bewirkung der geschuldeten Leistung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erforderlich ist, dieses „nur des Rechtseffektes nicht der Erfüllung wegen" erforderlich sei, daß die Erfüllung nur „die Erzeugung eines bestimmt geeigenschafteten Effektes" sei, wobei es gleichgültig ist, in welcher Weise dieser Effekt herbeigeführt werde.

(In der zweiten Hälfte dieses Satzes liegt außerdem bereits die Verneinung des rechtsgeschäftlichen Charakters der Erfüllung überhaupt.)

Den Grund für die Befreiung des Schuldners bildet danach nicht der Wille des Gläubigers, sondern die Tatsache der Bewirkung der geschuldeten Leistung durch den Schuldner. (Vergl. Kretschmar S. 108.)

Dieses Fehlen der rechtlichen Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung zeigt sich am deutlichsten dann, wenn eine Unterlassung oder eine faktische Dienstleistung den Inhalt des Schuldverhältnisses bildet.

Auch das Gesetz spricht sich gegen die Vertragsnatur der Erfüllung im § 366 Abs. 1 unzweideutig aus, indem es das einseitige Bestimmungsrecht des Schuld-

ners im Falle mehrerer gleichartiger Schulden anerkennt (vergl. Kretschmar S. 109).

(Gegenüber der Meinung Endemanns, Bd. 1 § 141 S. 803 N. 45 — und Plancks, Bd. II Bem. 2c zu § 362, daß § 366 Abs. 1 BGB. nur eine Singularität enthalte, vgl. Kretschmar, S. 110/12.)

§ 366 Abs. 1 BGB lautet:

„Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt."

Ist sonach der Vertragscharakter der Erfüllung unbedenklich zu verneinen, so bietet die Frage, ob die Erfüllung rechtsgeschäftlicher oder rein faktischer Natur ist, mehr Schwierigkeiten.

Auf dem ersten Standpunkt steht z. B. (außer allen denen natürlich, die Vertrag annehmen) Quander (S. 38). Dem Begriffe des Rechtsgeschäfts als einer „Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges"

(so Crome, § 73; Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. I S. 330; Cosack, § 51; Enneccerus Lehmann, Bd. I § 54 u. a.)

entsprechend verlangt er stets die Erfüllungsabsicht, den animus solvendi beim leistenden Schuldner. „Ohne diese fehle es an der notwendigen Beziehung des die Erfüllungshandlung Vornehmenden zu der Obligation und deren Inhalt." (Heimbach sen. zit. bei Quander S. 40.)

Diese Auffassung hat viel für sich und gewinnt vor allem dadurch an Bedeutung, daß das Bürgerliche Ge-

setzbuch selbst unzweifelhaft auf diesem Standpunkte steht,

(vgl. Mot. II S. 81 und Kretschmar, S. 104.)

der außer in den §§ 362 Abs. 2 (Leistung „zum Zwecke" der Erfüllung) und § 363 („als" Erfüllung angebotene Leistung) am deutlichsten in § 181 in Erscheinung tritt.

„Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

Auf der anderen Seite, als deren Hauptvertreter Kohler und Kretschmar zu nennen sind, steht die Meinung, daß die Erfüllung niemals ein Rechtsgeschäft sei; daß es auf den schuldtilgenden Willen des Schuldners gar nicht ankomme, daß vielmehr das Schuldverhältnis erlösche „durch Umsetzung der schuldnerischen Verpflichtung in die Tat, durch Verwirklichung des Obligationsinhalts". (Kretschmar S. 38, 106 und 133.)

(In diesem Sinne nennt Kohler — Bd. II, 1 § 70 III — die Erfüllung „eine neutrale Handlung".)

Die von der Gegenmeinung geleugnete besondere Beziehung der Leistung zu der zu tilgenden Obligation könne auch ohne den Willen des Leistenden hergestellt werden (Kretschmar S. 121), wofür als Beleg die allgemeine Ausdrucksweise des § 362 Abs. 1 BGB herangezogen wird.

Nach Kretschmar (S. 120) kommt also für die Befreiungswirkung der Erfüllung weder dem Gläubiger-

willen noch dem Schuldnerwillen irgendeine konstitutive Bedeutung zu; vielmehr ist dafür einzig und allein die Tatsache maßgebend, daß gerade die geschuldete Leistung an den Schuldner bewirkt ist.

(Ähnlich Oertmann, § 262, 4 b und v. Staudinger, Vorbemerkung zur „Erfüllung".)

Hierzu ist zu bemerken: Einmal kann in der Auffassung der Erfüllung als eines Rechtsgeschäfts wie bei der Annahme der Vertragsnatur eine Verwechslung mit der Leistung liegen. Sodann aber mag man folgendes erwägen:

Für den Fall, daß die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, kann die Erfüllung dieser Obligation sehr wohl in der Weise gedacht werden, daß der Schuldner, ohne von seiner Verpflichtung zu wissen oder wenigstens ohne an sie zu denken, die bestimmte Handlung unterläßt. Es ist nicht zu leugnen, daß die Obligation erfüllt wird, eben weil das Verhalten des Schuldners dem Obligationsinhalt entspricht.

Aus diesem Beispiel geht hervor, daß die Erfüllungsabsicht des Schuldners für die Erfüllung nicht wesentlich ist. Denn wäre sie wesentlich, so könnte keine Erfüllung ohne sie gedacht werden. Aus diesem Grunde muß aber auch für den Fall, daß die geschuldete Leistung in einem positiven Handeln besteht, angenommen werden, daß die Obligation erfüllt wird, auch wenn der Schuldner ohne Tilgungsabsicht die betreffende Handlung vornimmt. (Anders Quander S. 40.)

Und so ist den Ausführungen Kretschmars durchaus beizutreten, daß die Erfüllung kein Rechts-

geschäft ist, weder einseitig noch zweiseitig, sondern lediglich eine Tatsache. Es ist das die Tatsache der Verwirklichung des Obligationsinhalts durch Erbringung der geschuldeten Leistung.

(In der Hauptsache ebenso Sohm, — S. 598 u. 599 —, der jedoch für den Fall, daß die Leistung in einem abstrakten Zuwendungsgeschäft besteht, einen besonderen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, den sogenannten Erfüllungsvertrag für erforderlich hält. Auf eine Kritik dieser Auffassung muß verzichtet werden, da sie mit der Causa-lehre in engem Zusammenhang steht, und eine Erörterung dieses Problems den Rahmen vorliegender Arbeit überschreiten würde.)

Bei einer Gegenüberstellung der Erfüllung und der Annahme an Erfüllungsstatt ergibt sich danach Folgendes:

Die Annahme an Erfüllungstatt ist ein Rechtsgeschäft, die Erfüllung nicht. Beide haben aber dieselbe Stellung in der Obligation, denselben Einfluß auf diese, indem sie vollständige Schuldtilgung bewirken. Und so kann man allerdings trotz der verschiedenartigen Natur beider Begriffe die Annahme an Erfüllungsstatt mit Recht als Surrogat der Erfüllung bezeichnen.

§ 3.

Das Verhältnis der Annahme an Erfüllungsstatt einer vom Schuldner neu übernommenen Verbindlichkeit zur Novation.

§ 364 Abs. 2 BGB enthält, wie bereits erwähnt, zunächst nur eine Auslegungsregel zugunsten der Annahme erfüllungshalber. Das heißt: wenn nicht ein anderer Parteiwille feststeht, so gilt die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit durch den Schuldner nur erfüllungshalber, nicht an Erfüllungsstatt erfolgt. In dieser Vermutung für die Annahme erfüllungshalber liegt aber zugleich die Anerkennung der Möglichkeit der Annahme an Erfüllungsstatt einer neu übernommenen Verbindlichkeit. Dieser Fall, der auch sonst manche Besonderheiten gegenüber der gewöhnlichen Annahme an Erfüllungsstatt aufweist, ist Gegenstand lebhafter Erörterungen vornehmlich hinsichtlich der Frage, ob hierin das römisch- und gemeinrechtliche Institut der Novation seinen Ausdruck gefunden hat. Es soll darum auch im folgenden das Verhältnis beider Institute zueinander behandelt werden. Näher läßt sich das Problem zunächst nicht abgrenzen, da es in der Literatur in den verschiedensten Gestaltungen vorkommt.

(Vgl. Berndorff, S. 46; Klein, S. 9; Kohler, Bd. II, 1 S. 182/83; Planck, § 364 II, 3; Crome, II, S. 268; Oertmann, S. 213; v. Staudinger, Vorbem. zu § 362 usw.)

Einige formulieren die Frage: Ist in § 364 Abs. 2 „die" Novation (ganz allgemein) rezipiert worden? Mit anderen Worten: bildet die Novation einen Unterfall der Annahme an Erfüllungsstatt? Andere wieder fragen: Ist § 364 Abs. 2 ein Unterfall der Novation, d. h. gleich einem konkreten Fall der Novation? Und anderes mehr.

Um also ganz allgemein das Verhältnis von § 364 Abs. 2 (Annahme an Erfüllungstatt einer vom Schuldner neu übernommenen Verbindlichkeit) zur Novation festzustellen, ist es erforderlich, zunächst auf das Wesen der Novation selbst einzugehen.

(Selbstverständlich ist hier nur von der novatio voluntuaria die Rede im Gegensatz zur novatio necessaria.)

Von jeher ist über die Novation viel geschrieben worden, ohne daß man bislang zu einer allgemein anerkannten, einheitlichen Anschauung gekommen wäre. Das ist um so verwunderlicher, als doch die Novation der Vergangenheit angehört und man über ihre Anwendung zu den verschiedenen Zeiten im großen und ganzen orientiert ist. Gerade darin aber, daß sie zu verschiedenen Zeiten gegolten hat, ist wohl der Grund für die abweichenden Ansichten zu finden. Denn wie soll man eine einheitliche Auffassung von einem Rechtsinstitut haben, das selbst nicht einheitlich in die Erscheinung getreten ist, weil es nämlich im Laufe der Jahrhunderte einen Wandel durchgemacht hat. Diese Tatsache wird aber meist nicht erkannt oder wenigstens nicht genügend gewürdigt, und doch liefert sie die Erklärung für die Hauptkontroverse auf dem Gebiete der Novation.

Die meisten Schriftsteller, welche die Novation behandeln, übersehen, daß sie im römischen Recht etwas

anderes war als im gemeinen Recht. Sie stellen „Die“ Novation dar, ausgehend von den römischen Quellen, kommen aber schließlich zu der Bedeutung, die sie im gemeinen Recht gehabt hat. Indem nun die einen mehr der römischen Quelle treu bleiben und diese logisch entwickeln, die andern größeres Gewicht auf die Praxis des gemeinen Rechts legen, ergeben sich die verschiedenen Auffassungen, die in der Hauptsache hierin ihre Erklärung finden.

Auf Grund dieser Erkenntnis soll nun im folgenden von der römisch-rechtlichen Novation, wie sie uns in den Quellen entgegentritt ausgegangen, diese dargestellt und dann im weiteren gezeigt werden, welche Entwicklung sie im gemeinen Recht durchgemacht hat; wie sie das logische römische Gebäude gesprengt und begrifflich einen viel weiteren Umfang angenommen hat. Dabei müssen wir es uns versagen, die verschiedenen Behauptungen bis in die Einzelheiten zu verfolgen und uns hie und da mit Andeutungen begnügen, um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu überschreiten.

Ulpian (l. 1 pr. D. de nov. et deleg. 46,2) definiert folgendermaßen:

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur.

(Die Beschreibung, die Gaius von der Novation gibt — III, 176 —, ist unklar, denn er spricht hier von einer translatio „obligationis“, statt „debiti“.)

Hiernach ist die Novation die Übertragung des debitums einer Obligation auf eine andere erst zu schaf-

fende, und zwar in der Weise, daß für dieses debitum aus dem alten Rechtsgrund ein neuer geschaffen wird. Die Folge davon ist das Entstehen der neuen Obligation, gleichzeitig aber, da der alte Rechtsgrund durch den neuen konsumiert ist, der Untergang der alten Obligation.

Das Wort „debitum" bedeutet zwar zunächst nur das Geschuldete, das Schuldobjekt. Eine Übertragung des debitums aber von einer Obligation auf eine andere ist nur insoweit denkbar, als das, was Schuldobjekt der ersten Obligation war, auch Schuldobjekt der zweiten ist. Mit anderen Worten: Der Inhalt der ersten Obligation hinsichtlich des Gegenstandes wird auch Inhalt der zweiten. Und so scheint es dem Sinne dieser Stelle nahezukommen, wenn man „debitum" mit „Obligationsinhalt" bezeichnet, gemeint natürlich nur hinsichtlich des Schuldobjekts (Obligationsinhalt im engeren Sinne), nicht auch hinsichtlich des Gläubigers und Schuldners (Obligationsinhalt im weiteren Sinne).

Es findet also eine Herausnahme des Obligationsinhalts aus einem bestehenden Schuldverhältnis statt und gleichzeitig eine Überführung dieses Inhalts auf ein neues Schuldverhältnis, das dadurch entsteht. Die Überführung geschieht wie erwähnt in der Weise, daß aus dem alten Rechtsgrund für den zu überführenden Inhalt ein neuer Rechtsgrund geschaffen wird. Indem so die neue Obligation entsteht, bricht die alte, ihrer causa beraubt, in sich zusammen (ebenso Salkowsky S. 39 ff.).

Entstehen der neuen und Untergang der alten Obligation erfolgt also gleichzeitig in dem Moment der „Verwechslung" des Rechtsgrundes, so daß nicht allein

faktisch, sondern auch rechtlich für beide Wirkungen ein einziger Akt vorhanden ist.

„Transfusio atque translatio“ mit „Umformung“ oder „Umwandlung“ zu bezeichnen, wie es Enneccerus-Kipp (S. 210 Anm. 15), Dernburg (Pandekten Bd. II § 59), Crome (§ 188, 1 a) u. a. tun, und dieses als wirtschaftliche Seite der Novation hinzustellen im Gegensatz zur juristischen, die in der Aufhebung einer Obligation und Begründung einer neuen bestehen soll, erscheint nicht angebracht. Zwar ist nicht zu leugnen, daß die Novation, von der wirtschaftlichen Seite betrachtet, allerdings eine Art „Umwandlung“ darstellt und so eine „Fortsetzung des Kreditverhältnisses“ bedeutet (obgleich man von einer solchen wohl nur bei der Novation ohne Personenwechsel sprechen kann). Die Worte transfusio atque translatio wollen aber nicht nur diese wirtschaftliche Seite zum Ausdruck bringen, vielmehr ist in diesen Worten, die hier als „Übertragung des Obligationsinhalts“ (i. e. S.) bezeichnet wurden, gerade ein Teil der juristischen Struktur der Novation zu erblicken.

Daraus, daß eine Überführung des Inhalts der alten Obligation in die neue stattfindet, folgt, daß dieser Inhalt bei dem Übertragungsprozeß unverändert bleibt, ja bleiben muß, sofern man von einer Übertragung reden darf.

Danach ist die Novation sowohl in der Weise denkbar, daß nur eine Änderung des Rechtsgrundes stattfindet, was so zu verstehen ist, daß das, was früher etwa aus Kauf geschuldet wurde, jetzt aus dem abstrakten Novationsversprechen geschuldet wird (mag man durch die Abstraktheit der neuen Forderung dem

Gläubiger eine einfachere und sichere Position zu schaffen bezwecken, mag man die Schuld von allen Akzessorien befreien wollen); als auch in der Weise, daß außerdem ein Wechsel der Personen stattfindet. Im Gegensatz zum letzten Falle wird die Novation ohne Personenwechsel: novatio simplex genannt. Niemals konnte aber die Novation des römischen Rechts dazu benutzt werden, um den Schuldgegenstand durch einen andern zu ersetzen. Das würde direkt gegen den Begriff der Novation verstoßen haben.

Die römische Novation hat also — um es nochmals besonders hervorzuheben — zwei wesentliche Merkmale, die beide ihre juristische Natur kennzeichnen. Einmal die transfusio atque translatio debiti, d. h. die Übertragung des Obligationsinhalts (i. e. S.) von einer Obligation auf eine andere erst zu errichtende, woraus unmittelbar die Identität des Schuldgegenstandes beider Obligationen folgt. Sodann Verwechslung des Rechtsgrundes für diesen Schuldgegenstand, wodurch die transfusio atque translatio bewirkt wird.

Auf diesen Grundsätzen basiert im wesentlichen die sogenannte Translationstheorie; ihr steht gegenüber die Substitutionstheorie.

Ein Hauptvertreter der Substitutionstheorie ist Witte (VIII S. 334). Nach ihm bedeutet Novation nur „Tilgung einer bestehenden Schuld durch Konstituierung eines einseitigen Forderungsrechtes", ohne daß es dabei wie bei der Translationstheorie auf die Identität des Schuldobjektes ankommt.

Zu dieser Streitfrage nimmt die gesamte Literatur in mehr oder minder deutlicher Anlehnung an eine der

beiden Theorien Stellung, so daß man sie wohl mit Recht der einen oder anderen Gruppe zuzählen kann.

(Die Translationstheorie wird vertreten durch: v. Salpius, S. 159; Salkowsky, S. 39 ff. u. S. 79 ff.; v. Keller, Bd. I § 176; Kuntze, S. 241 ff.; Karlowa, S. 234 ff.; Römer, Bedingte Novation, S. 4; Brinz, Bd. II § 282 No. 8 u. 24; Schauberg, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 11 S. 200 ff.; Dernburg, Pandekten, Bd. II § 59; Gide, S. 117 ff.; Hruza, S. 8, 32, 95, 107; u. a.

Die Substitutionstheorie von: Witte, VIII S. 334 ff.; Arendts, § 268; Vangerow, Bd. III § 619; Windscheid-Kipp; § 353; Puchta, § 291; Sintenis, Bd. 2 § 105; u. a.)

Immerhin ergeben sich auch zwischen den Anhängern derselben Gruppe recht erhebliche Abweichungen. So ist z. B. innerhalb der Translationstheorie Wesen und Umfang der Translation sehr bestritten:

Keller (Pandekten Bd. 1 § 277) findet ihre Bedeutung in der Übertragung des wesentlichen Stoffes einer Obligation in eine neue.

Nach v. Salpius (S. 159) muß „das Objekt der Novationsstipulation mit dem der früheren Obligation identisch sein."

Gide (S. 13, 15 und 117) erblickt in der Novation eine „stipulatio nova prioris debiti", weshalb der Inhalt der neuen Obligation immer derselbe sein müsse, mag auch die Form sich ändern.

Etwas anders Salkowsky (S. 39). Er bezeichnet die Translation als Übertragung des materiellen Inhalts einer Obligation in eine neue", wobei „materieller Inhalt" die Bedeutung hat, daß die neue Obligation nicht nur auf das ursprüngliche Schuldobjekt, sondern auch auf dessen aestimatio gehen kann.

Ähnlich Kuntze (S. 245). Nach ihm besteht das Wesen der Translation in der „Verwendung des für eine

bestehende Obligation fixierten Vermögensstoffes für eine neue Obligation".

Nach Römer (S. 4) findet die „Wiedergabe des ökonomischen Objekts der alten Obligation" statt usw.

Die neueren Vertreter der Translationstheorie, wie Dernburg, pflegen sich in der Weise auszudrücken, daß die novierte Obligation „auf dasselbe Ziel gerichtet" sein müsse, wie die alte. (Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. II § 59.)

Allen diesen Ansichten gegenüber kommt es, wie gesagt, bei der Substitutionstheorie auf die Identität des Schuldobjekts der alten und der neuen Obligation nicht an. Für die Novation wesentlich ist allein die Tatsache, daß eine bestehende Obligation durch Schaffung einer neuen getilgt, daß die neue der alten substituiert werde.

Damit sind wir zur Novation des gemeinen Rechts gelangt. Denn während die römische Auffassung im großen und ganzen durch die Translationstheorie vertreten wird, entspricht die Substitutionstheorie im wesentlichen der Auffassung des gemeinen Rechts.

Das enge, logische Gebäude der römischen Novation ist hier gesprengt. Ihr Wirkungskreis hat dadurch, daß man Identität des Schuldobjekts nicht mehr verlangte, gewaltig an Umfang zugenommen. Das allerdings nur theoretisch. Denn praktisch nahm die Bedeutung unseres Instituts beständig ab. Das kam daher, daß seine Hauptanwendungsfälle von früher zur Veränderung des Schuldverhältnisses durch Gläubiger- oder Schuldnerwechsel wegfielen, da man in der Zession und Schuldübernahme einen den modernen Bedürfnissen entsprechenderen Er-

satz gefunden hatte. Es entwickelte sich jetzt aber die Möglichkeit, im Wege der Novation an die Stelle eines Schuldobjekts ein anderes zu setzen. Und bald wurde dieser Fall, der dem Wesen der römischrechtlichen Novation direkt widersprach, der Hauptanwendungsfall der gemeinrechtlichen Novation.

(Dernburg, Pandekten, Bd. II § 59 Anm. 4, behauptet, bereits das spätere Römische Recht habe von dem Erfordernis der Identität des Schuldobjekts abgesehen. Anders Hruza, S. 9, der, wie die meisten, nur eine „Lockerung des Translationsprinzips" zugibt.)

Um nunmehr zu der im Anfang dieses Paragraphen aufgeworfenen Frage nach dem Verhältnis der Annahme an Erfüllungsstatt einer vom Schuldner neu übernommenen Verbindlichkeit zur Novation zurückzukehren, so ist zunächst eins klar, daß nämlich die Novation des römischen Rechts für einen Vergleich mit der Annahme an Erfüllungsstatt ganz ausscheidet. Denn während es bei der Annahme an Erfüllungsstatt gerade wesentlich ist, daß das debitum durch ein aliud ersetzt wird, bleibt bei der Novation des römischen Rechts das debitum das gleiche. Es kommt also allein die Novation des gemeinen Rechts in Betracht.

Die Motive (Bd. II S. 78) sprechen bei Behandlung des Abs. 2 von § 364 die Ansicht aus, „daß dem Bedürfnisse, welches zu der mittels Wechsels des Gläubigers oder Schuldners sich vollziehenden Novation führte, im wesentlichen durch die Vorschriften über die Zession und über die Schuldübernahme gedient" werde.

(Der Unterschied zwischen Novation einerseits und Zession und Schuldübernahme andererseits ist der, daß bei der Novation ein Obligationenwechsel stattfindet, während

sich bei der Zession und Schuldübernahme nur ein Personenwechsel innerhalb derselben Obligation vollzieht.)

Was allerdings die Novation ohne Personenwechsel, die novatio simplex anbelangt, so schweigen die Motive darüber. Daß aber auch diese keinen Eingang in unser heutiges Recht gefunden hat, nach der Auffassung der Motive, also insbesondere nicht im § 364 Abs. 2 zu erblicken ist, geht unzweifelhaft aus der Fassung der erwähnten Stelle (Motive II S. 78) hervor. Hier heißt es ganz allgemein: „Für die Nichtaufnahme von Bestimmungen über die Novation kommt in Betracht . . .“

Sind nun freilich die Motive auch nicht unbedingt maßgebend, so ist ihnen doch hierin beizutreten.

Zwar bestehen viele Ähnlichkeiten zwischen der Novation und der Annahme an Erfüllungsstatt einer neu übernommenen Verbindlichkeit.

(Diese Ähnlichkeiten haben das Reichsgericht veranlaßt, beide Rechtsinstitute zu identifizieren, was u. a. aus folgenden Entscheidungen hervorgeht: Recht 1908 II Ziff. 1156; Warneyer, Rechtspr. 1909 No. 397; Recht 1907, 376; ebenso Kommentar d. RGRäte zu § 364.)

So handelt es sich bei beiden Instituten um zwei Obligationen, von denen die erste erlischt und die zweite, die notwendigerweise abstrakt ist,

a) (abgesehen von der sog. titulierten Novation; vgl. Kretschmar, S. 63/64.)
b) (Clausen, S. 19 und Schwartz, S. 21 gegen Berndorff und Crome, Bd. II, 1 § 188 2 a.)

entsteht. Eine Folge dieser Abstraktheit der zweiten Obligation ist in beiden Fällen der Untergang sämtlicher Akzessorien. Beide Male findet keine Veräußerung eines Aktivums des Schuldners, sondern eine Neubegründung eines Passivums für ihn statt. Ein weiteres tertium com-

parationis liegt darin, daß im Falle des § 364 Abs. 2 die Übernahme der neuen Verbindlichkeit durch den Schuldner solvendi causa erfolgt, d. h. in Schuldtilgungsabsicht, was bei der Novation auch der Fall sein kann.

Karlowa (S. 234) allerdings bestreitet das. Es ist aber nicht einzusehen, warum die Novation nicht solvendi causa erfolgen könne. Zwar hat Karlowa Recht, wenn er die Aufhebung der früheren Obligation als Wirkung der Novation bezeichnet. Unrichtig ist es aber, daraus zu folgern, daß diese nicht gleichzeitig Zweck der Novation sein könne. Deckt sich nicht in den meisten Fällen Wirkung und Zweck eines Rechtsinstituts? Wird doch ein Rechtsinstitut vom Gesetz gerade mit der Wirkung ausgestattet, die man damit bezweckt.

Berndorff (S. 53) unterscheidet „entsprechend der mit der Novation verfolgten Absicht" drei „konkrete" Novationsarten innerhalb der „abstrakten" Novation. Diese sind:

1. die Sicherungsnovation, welche die Verbesserung der Lage des Gläubigers durch Gewährung einer erhöhten Sicherheit oder eines günstigeren Klagerechts bezweckt;
2. Kreditnovation, welche (zugunsten des Schuldners) eine Verlängerung des Kreditverhältnisses bezweckt;
3. die „Erfüllungsnovation", welche die Beendigung der Obligation bezweckt.

Richtiger erscheint es, der Novation zum Zwecke der Obligationsbeendigung („Erfüllungsnovation") die Novation zum Zwecke der Novationsveränderung gegenüberzustellen, und im übrigen neben anderen die „Sicherungs"- und die „Kreditnovation" zu unterscheiden.

Gleichviel, die Novation kann solvendi causa erfolgen, und das ist, wie erwähnt, ein Moment, das zum Vergleiche mit der Annahme an Erfüllungsstatt herangezogen werden kann.

Nicht richtig ist es, aus dem „animus solvendi“ bei der Annahme an Erfüllungsstatt einerseits und dem animus novandi bei der Novation andererseits einen Unterschied zwischen beiden Instituten herauszukonstruieren, wie es u. a. Unger tut (in Grünhut's Zeitschr. Bd. 15 S. 541 Anm. 4 a).

Jede Gegenüberstellung von animus solvendi und animus novandi muß als verfehlt betrachtet werden. Nicht etwa weil der animus novandi den animus solvendi in sich enthielte (Berndorff S. 47 ff.). Vielmehr ist ein Vergleich dieser beiden Begriffe aus dem Grunde unangebracht, weil sie sich weder koordiniert noch subordiniert gegenüberstehen. Es wird ganz außer acht gelassen, daß animus novandi nicht etwa den Zweck bezeichnet, den man mit der Novation verfolgt, sondern nur die Absicht, die Novation, die doch nur Mittel zum Zweck, nie Selbstzweck ist, vorzunehmen. Animus novandi bezeichnet nur den Vertragswillen, das Wollen des Mittels zu dem gewollten Zweck. Ebenso wenn ich einen Kauf abschließe, ist einmal das Wollen eines (juristischen) Zweckes erforderlich, der „animus obligandi“, und zweitens die Absicht, diesen Zweck durch das Mittel des Kaufvertrages herbeizuführen, d. h. einen Kaufvertrag abzuschließen (animus contrahendi). Die Bezeichnung „novandi causa“ muß darum als verfehlt gelten, weil die Novation nie der Zweck ist, der verfolgt wird. Andererseits erscheint es angebracht, zum Unter-

schied vom animus novandi (der in eine Reihe mit dem animus, einen Kaufvertrag, Mietvertrag usw. abzuschließen, zu stellen ist), nicht von animus solvendi, obligandi, credendi zu reden, sondern von solvendi causa, obligandi causa usw. Die Begriffe „animus novandi“ und „solvendi causa“ schließen also einander nicht aus, sie können sehr wohl nebeneinander vorkommen.

Ein Unterschied zwischen der Novation und § 364 Abs. 2 BGB ergibt sich aber bei der Frage, wann, in welchem Zeitpunkt die alte Obligation erlischt und die neue entsteht. Hier ist allgemein die Ansicht vertreten, daß bei beiden Rechtsinstituten das Entstehen der neuen und das Erlöschen der alten Obligation zeitlich zusammenfalle. Indes dürfte diese Ansicht aus logischen Gründen für die Annahme an Erfüllungsstatt nicht haltbar sein.

Angenommen kann doch nur werden, was bereits existiert (so Schauberg, in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 11 S. 201, und Schwartz S. 54). Hätten wir das Institut der „Leistung“ an Erfüllungsstatt wie die Römer, bei dem die Schuld nicht erst mit der Annahme, sondern bereits mit der Leistung des aliud durch den Schuldner erlischt, so wäre es allerdings sehr wohl denkbar, daß das Erlöschen der alten Obligation mit dem Entstehen der neuen zusammenfiele. Ja, wenn man die Eingehung einer Verbindlichkeit der Leistung gleichstellt, wäre es sogar das Gegebene. Trotzdem gab es im römischen Recht (vgl. Kretschmar S. 59) keine datio in solutum durch Übernahme einer neuen Verbindlichkeit, vielmehr war es nur möglich, eine bereits be-

gründete Verbindlichkeit in solutum zu überlassen. Tilgung einer Obligation durch Begründung einer neuen erfolgte im römischen Recht allein nach den Regeln der Novation.

Heute dagegen, wo das Schuldverhältnis erst mit der Annahme erlischt, ist es, wie gesagt, aus logischen Gründen unbedingt erforderlich, daß die Übernahme der neuen Verbindlichkeit bereits erfolgt ist, bevor sie vom Gläubiger an Erfüllungsstatt angenommen wird. Das Entstehen der neuen und das Erlöschen der alten Obligation vollzieht sich also stets in zwei zeitlich getrennten Akten.

Praktisch werden freilich in den meisten Fällen beide Akte nicht zu unterscheiden sein, weil eben faktisch nur eine Äußerung des Gläubigers vorliegt. Rechtlich betrachtet umfaßt aber diese Äußerung außer der Annahmeerklärung an Erfüllungsstatt stets noch die Einwilligungserklärung des Gläubigers damit, daß der Schuldner ihm gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernimmt. Ohne diese Einwilligungserklärung kann die neue Verbindlichkeit gar nicht entstehen, sie muß aber entstanden sein, bevor sie an Erfüllungsstatt angenommen werden kann.

Wenn also z. B. der Gläubiger ein ihm vom Schuldner an Erfüllungsstatt angebotenes Schuldanerkenntnis mit den Worten annimmt: „Gut, ich nehme es an Erfüllungsstatt an“, so bedeutet das einmal sein Einverständnis damit, daß der Schuldner ihm gegenüber eine abstrakte Verbindlichkeit eingeht, und erst in zweiter Linie die Erklärung, daß er diese neue Verbindlichkeit „als Erfüllung“ betrachte, an Erfüllungsstatt annehme.

(Um unbilligen Resultaten zu entgehen, wird man anzunehmen haben, daß die neue Verbindlichkeit unter der stillschweigenden, auflösenden Bedingung des Nichtzustandekommens der Annahme an Erfüllungsstatt übernommen wird.)

Anders ist es bei der Novation. Hier vereinigt sich Entstehen der einen und Erlöschen der anderen Obligation in einem Akte, und es ist logischerweise undenkbar, daß eine Trennung eintritt; denn der eine Akt der Novation ist gleichzeitig Entstehungsgrund der neuen und Beendigungsgrund der alten Obligation (Crome § 188). Nicht richtig erscheint es, das „Dasein der neuen Obligation" (Stammler S. 232) als Tilgungsgrund für die alte zu bezeichnen, oder zu sagen — wie es vielfach geschieht —, Entstehen und Erlöschen ständen im Kausalzusammenhang zueinander. Der Grund für beide Wirkungen konn doch allein in dem übereinstimmenden Willen der Parteien gefunden werden. Dieser Wille tritt aber in dem Novationsvertrage zutage und darum ist dieser als Beendigungs-, wie als Entstehungsgrund zu betrachten. Während also bei der Novation die alte Obligation bereits mit dem Entstehen der neuen untergeht, erlischt sie bei der Annahme an Erfüllungsstatt erst mit der Annahme, welcher das Entstehen der neuen Verbindlichkeit vorangegangen sein muß.

Die Behauptung Ungers (in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 541 Anm. 4a), der Unterschied zwischen Novation und Annahme an Erfüllungsstatt liege darin, daß letztere materielle Befridigung gewähre, erstere nicht, muß natürlich für den Fall der Annahme an Erfüllungsstatt einer neu übernommenen Verbindlichkeit zurückgewiesen werden.

(Zum Beweise dafür, daß auch das Gesetz eine neue Verbindlichkeit nicht als materielle Befriedigung auffaßt, sei auf die im § 4 behandelten Fälle von Spiel, Wette, Ehemäklerlohn und Schenkungsversprechen hingewiesen.)

Das Ergebnis ist also folgendes:

Zwischen der Annahme an Erfüllungsstatt einer neu begründeten Verbindlichkeit und der Novation des gemeinen Rechts durch Verwechslung des Schuldobjekts (soweit sie zur Schuldtilgung verwendet wurde) besteht allerdings viel Ähnlichkeit. Immerhin ist der Unterschied in konstruktiver Beziehung so groß, daß eine Identifizierung beider Rechtsinstitute entschieden abgelehnt werden muß. Ein einziger Akt für Beendigung der alten und Begründung der neuen Obligation auf der einen Seite — zwei zeitlich getrennte verschiedene Akte für jene Wirkungen auf der anderen Seite. Das sind Gegensätze, die sich nicht überbrücken lassen. Gerade darum aber, weil ihre Ähnlichkeit so groß ist, und beide Institute genau dieselben Zwecke erfüllen, genügt für das heutige Recht die Annahme an Erfüllungsstatt vollständig. Für die Novation ist kein Raum mehr; jedenfalls soweit es sich um Ersetzung des Schuldgegenstandes zum Zwecke der Schuldtilgung handelt.

Der Fall der Verwechslung des Rechtsgrundes, der im § 607 Abs. 2 BGB in Erscheinung tritt, kann hier nicht erörtert werden.

§ 4.

Einzelfragen.

Nachdem so der Reihe nach die Annahme an Erfüllungsstatt begrifflich wie hinsichtlich ihrer juristischen Konstruktion sowohl im allgemeinen, als im besonderen die Annahme an Erfüllungsstatt einer neu begründeten Verbindlichkeit mit den sie umgebenden Fragen dargestellt ist, mögen noch vor Erörterung der Mängelhaftung einige wenige Einzelfragen der Vollständigkeit halber berührt werden.

1. Zunächst eine Frage, die mit dem im vorigen Paragraphen behandelten Thema im engen Zusammenhang steht. Deshalb nämlich, weil sie vielfach zur Demonstrierung eines Unterschiedes zwischen der Novation und der Annahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt herangezogen wird.

Dazu ist sie freilich kaum geeignet, denn wir gelangen bei beiden Instituten zum gleichen Ergebnis.

Es sind dies die Fälle, daß entweder die neue oder die alte Verbindlichkeit nichtig ist. Was zunächst die neue Verbindlichkeit betrifft, so ist folgendes zu sagen:

Ist sie bei der Novation ungültig, so beruht das stets auf einem Fehler des sie begründenden Aktes, des Novationsvertrages. Ist dieser aber fehlerhaft, so ist keine

gültige Novation zustande gekommen, die alte Verbindlichkeit nicht erloschen.

Ebenso bei der Annahme an Erfüllungsstatt. Ist hier die neue Verbindlichkeit nichtig, so kann eine gültige Annahme an Erfüllungsstatt nicht erfolgen; denn etwas Nichtiges kann nicht an Erfüllungsstatt angenommen werden. Die Folge davon ist auch hier, daß die alte Verbindlichkeit bestehen bleibt.

Was weiter den Fall angeht, daß die alte Verbindlichkeit nichtig ist, so gilt folgendes:

Die Novation einer nichtigen Verbindlichkeit ist undenkbar. Denn wie soll man aus Nichts etwas Bestehendes bilden? Wird doch die neue Verbindlichkeit aus der alten heraus geschaffen. Es kann also eine neue Verbindlichkeit nicht entstehen.

Ist bei der Annahme an Erfüllungsstatt die zu tilgende Verbindlichkeit nichtig, so kann zwar zunächst trotzdem die neue Verbindlichkeit gültig übernommen werden. Allein eine gültige Annahme an Erfüllungsstatt ist unmöglich, weil nichts zu erfüllen ist. Kommt aber die Annahme an Erfüllungsstatt nicht zustande, so ist damit die auflösende Bedingung eingetreten, unter welcher die neue Verbindlichkeit übernommen wurde; diese erlischt also.

Nimmt man diese Bedingung nicht an, so gestaltet sich das Resultat etwas anders. Die neue Verbindlichkeit ist formell gültig zustande gekommen, sie entbehrt aber der materiellen Grundlage, des rechtlichen Grundes, der causa, denn der mit Eingehung dieser Verbindlichkeit bezweckte Erfolg ist nicht eingetreten. Sie kann

also nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.

2. Besondere Vorschriften gelten für Spiel, Wette und Ehemäklervertrag. Durch derartige Vereinbarungen werden Verbindlichkeiten nicht begründet. Andererseits kann das zur Erfüllung Geleistete nicht zurückverlangt werden. Besteht aber die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, so wird dadurch kein klagbarer Anspruch begründet (§ 762 BGB). Es ist dies eine Ausnahme von der allgemeinen Gleichstellung der Eingehung einer Verbindlichkeit mit der Leistung im Bürgerlichen Gesetzbuch, die zu dem Zwecke geschaffen ist, um Umgehungen des Gesetzes zu verhüten.

Daraus folgt in entsprechender Anwendung auf die Annahme an Erfüllungsstatt, daß der zur Erfüllung einer Spiel-, Wett- oder Ehemäklerschuld hingegebene Gegenstand, sofern er eine Sache oder ein Recht gegen einen Dritten betrifft, nicht zurückgefordert werden darf. Ist er aber eine vom Schuldner neu übernommene Verbindlichkeit, so entsteht kein klagbarer Anspruch für den Gläubiger.

Das Gleiche gilt für das formlose Schenkungsversprechen. Hier wird gemäß § 518 Abs. 1 BGB. eine Verbindlichkeit ebenfalls nicht begründet, das formlose Schenkungsversprechen ist nichtig. Nach § 518 Abs. 2 aber wird der Mangel der Form durch Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt, d. h. es kann auch hier das zur Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden. Ein Schenkungsversprechen in der Form einer abstrakten Schuldverpflichtung der in den §§ 780 und 781 BGB bezeichneten Art gilt nach der positiven Ge-

setzesvorschrift des § 518 Abs. 1 Satz 2 gleichfalls als unverbindlich, wenn es nicht gerichtlich oder notariell beurkundet ist.

Sehr bestritten ist es, ob diese Bestimmung lediglich eine Ausnahme für Schuldversprechen und Anerkenntnis (§§ 780 und 781 BGB) bedeutet, oder ob sie vielmehr der Ausfluß eines dem Gesetze zugrunde liegenden Prinzipes ist; des Prinzipes nämlich, daß bei der Schenkung j e d e abstrakte Schuldverpflichtung nur als eine Art des Schenkungsversprechens anzusehen ist und nicht bereits als Erfüllung desselben, und darum stets der Form des § 518 Abs. 1 bedarf. Man wird sich der letzten Auffassung anzuschließen haben, wenn man erwägt, daß es der Sinn des Gesetzes ist, nur realiter vollzogene Schenkungen anzuerkennen; Schenkungsversprechen dagegen n u r in der strengen Form des § 518 Abs. 1 Satz 1 zuzulassen, mögen sie auch abstrakter Natur sein; denn auch ein Schenkungsversprechen in abstrakter Form bedeutet noch keine materielle Befriedigung des Beschenkten.

(Ebenso Oertmann, Bem. 3 c, zu § 518; Dernburg, Bürgerliches Recht, § 206 Note 8; Crome, S. 511 und RG 71, S. 289 ff.

Anderer Meinung v. Staudinger, § 518, I 2 a; Planck, zu § 518 und Endemann, I § 164.)

Ebenso bei der Annahme an Erfüllungsstatt. Besteht der auf Grund eines formlosen Schenkungsversprechens an Erfüllungsstatt angenommene Gegenstand in einer Sache oder einem Recht gegen einen Dritten, so wird der Mangel der Form geheilt; d. h. die Sache oder das Recht gegen den Dritten kann nicht zurückverlangt werden. Besteht er dagegen in einer vom

Schuldner neu übernommenen Verbindlichkeit, ohne daß bei dieser die Form des § 518 Abs. 1 gewahrt ist, so wird der Mangel der Form nicht geheilt; d. h. es entsteht kein klagbarer Anspruch für den Beschenkten.

3. Zum Schlusse dieses Paragraphen noch etwas über die Anwendungsmöglichkeit der Bedingung bei der Annahme an Erfüllungsstatt.

Jedem Rechtsgeschäft kann, sofern dies nicht ausdrücklich vom Gesetz verboten ist,

— (wie in den §§ 388, 925, 1317, 1598, 1724, 1742, 1768, 1947, 2180, 2202 BGB.)

eine Bedingung hinzugefügt werden. Daraus folgt für die Annahme an Erfüllungsstatt, daß einmal die zu tilgende Schuld bedingt sein kann (vgl. Clausen S. 49), weil das dieser zugrunde liegende Rechtsgeschäft unter einer Bedingung abgeschlossen ist. Dann aber kann das pactum de in solutum dando eine Bedingung aufnehmen, des Inhalts, daß sich der Gläubiger bedingt verpflichtet, etwas an Erfüllungsstatt anzunehmen. Weiter kann die Annahme selbst bedingt erfolgen; und schließlich kann im Falle des § 364 Abs. 2 die neue Verbindlichkeit eine bedingte sein, derart, daß diese bedingte Verbindlichkeit bedingungslos an Erfüllungsstatt angenommen wird.

(Abgesehen von der stets vorliegenden, stillschweigenden auflösenden Bedingung des Nichtzustandekommens der Annahme an Erfüllungsstatt.)

Bei diesen vier Bedingungsmöglichkeiten hat man jedesmal die beiden Fälle der aufschiebenden und auflösenden Bedingung zu unterscheiden.

Ist die zu tilgende Schuld aufschiebend bedingt,

und erfolgt die Annahme an Erfüllungsstatt vor Eintritt der Bedingung, so kann das verschiedene Bedeutung haben. Entweder: der Schuldner verzichtet auf die Rechte aus der Bedingung, oder aber es erfolgt auch die Annahme an Erfüllungsstatt unter der aufschiebenden Bedingung des Eintritts der anderen Bedingung.

Ist die zu tilgende Schuld auflösend bedingt, und erfolgt die Annahme an Erfüllungsstatt vor dem Eintritt dieser Bedingung, so kann das dieselben beiden Bedeutungen haben wie oben; entweder es verzichtet der Schuldner auf die Rechte aus der Bedingung, oder aber die Annahme an Erfüllungsstatt erfolgt unter der auflösenden Bedingung des Eintritts der anderen Bedingung.

Hat sich der Gläubiger unter einer Bedingung verpflichtet, einen anderen als den geschuldeten Gegenstand an Erfüllungsstatt anzunehmen, so ist er mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung obligatorisch gebunden, die Annahme an Erfüllungsstatt vorzunehmen; mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung wird er von dieser Verpflichtung frei.

Hat der Gläubiger einen anderen Gegenstand unter einer Bedingung an Erfüllungsstatt angenommen, so tritt mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung die rechtliche Wirksamkeit der Annahme an Erfüllungsstatt, mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung die Beendigung der Wirkung der Annahme an Erfüllungsstatt ein.

Was schließlich die Bedingung der neuen Verbindlichkeit im Falle des § 364 Abs. 2 BGB betrifft, so hat sie keinen Einfluß auf die rechtsgültig erfolgte An-

nahme an Erfüllungsstatt. Ist an Stelle der geschuldeten Leistung eine (gleichgültig ob aufschiebend oder auflösend) bedingte Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt angenommen, so erlischt die frühere Schuld, mag die Bedingung eintreten oder nicht.

§ 5.

Gewährleistungspflicht des Schuldners für den an Erfüllungsstatt gegebenen Gegenstand.

Wie die Rechtslage sich gestaltet, wenn der an Erfüllungsstatt angenommene Gegenstand Mängel aufweist, war im gemeinen Recht sehr bestritten und ist es auch zum Teil noch jetzt. Zwar ist die Hauptstreitfrage, die auf Ulpian und Marcian zurückgeht, im heutigen Recht erledigt; die Frage nämlich, ob das zu tilgende Schuldverhältnis erloschen bleibt, auch wenn der an Erfüllungsstatt gegebene Gegenstand fehlerhaft ist, oder ob dann die alte Schuld wieder auflebt bzw. fortbesteht. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich unzweifelhaft der ersten Meinung angeschlossen.

(Was natürlich nicht hindert, daß die Parteien vereinbaren, das alte Schuldverhältnis solle nur unter der Bedingung mangelfreier Beschaffenheit des an Erfüllungsstatt geleisteten Gegenstandes erlöschen.)

Es bleibt aber immer noch die Frage sehr bestritten, wie, in welcher Weise die im Gesetz nur angedeutete Gewährleistungspflicht des Schuldners im einzelnen zu handhaben ist.

Die erwähnte Kontroverse zwischen Ulpian und Marcian soll hier nur in großen Zügen angedeutet werden, denn einmal ist sie für das Verständnis der heute geltenden Rechtsregeln nicht unmittelbar Voraus-

setzung, sodann aber ist sie in der Literatur bereits sehr häufig in aller Ausführlichkeit behandelt worden. Wir verweisen nur auf Ernst (Die Folgen mangelhafter Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt) und Quander (S. 47ff.). Immerhin ist das rechtshistorische Interesse, das sie auch heute noch bietet, so groß, daß sie nicht ganz übergangen werden kann.

Über die Folgen von Rechtsmängeln der an Erfüllungsstatt hingegebenen Sache sagt Ulpian (l. 24 pr. D. de pign. 13,7):

„Eleganter apud me quasitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset an habeat contrariam pigneraticiam. et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur . . .“

Danach erhält der Gläubiger für den Fall, daß ihm das Pfandobjekt zugeschlagen ist und darauf evinziert wird, eine „actio ex empto utilis“, „wie wenn die Sache an Erfüllungsstatt gegeben wäre“. Die Frage, ob ihm die actio pigneraticia contraria zustehe, verneint Ulpian mit der Begründung, daß mit dem Zuschlag des Pfandobjekts an den Gläubiger jede Verbindlichkeit aus dem Pfandvertrag erloschen sei. Es geht hieraus also deutlich hervor, daß Ulpian auch bei der datio in solutum im Falle der Eviktion dem Gläubiger die actio empti utilis auf das Interesse gibt.

Ihre Bestätigung findet diese Stelle im Codex durch

l. 4. C. de evict. VIII, 44, sowie in anderen Quellenstellen:

Im Gegensatz dazu erklärt Marcian (l. 46 pr. D. de sol. 46,3):

„Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio. tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis."

Wird also dem Gläubiger die an Erfüllungsstatt gegebene Sache ganz oder zum Teil evinziert: manet pristina obligatio, und zwar in jedem Falle ganz. Hier von einem „Wiederaufleben der alten Obligation" zu sprechen,

(wie einige ältere Autoren sagen, früher auch Dernburg, Pandekten, Bd. II, 2. Aufl., § 58.)

dürfte dem Sinne dieser Stelle kaum entsprechen. Vielmehr ist die alte Obligation überhaupt nie erloschen. Ist die res in solutum data mangelhaft, so besteht die Obligation weiter fort.

(Vgl. Ernst, S. 40; Quander, S. 48/49; Römer, Leistung an Zahlungsstatt, S. 38.)

Auch diese Stelle hat eine Parallelstelle im Codex, und zwar l. 8. C. de sent. et interl. VII, 45, die allerdings bezüglich der Worte „ob debitum reddendum repetere" stark umstritten ist. Jedenfalls geht die herrschende Meinung

(vgl. Römer, a. a. O., S. 40ff.; Ernst, S. 42ff.; Quander, S. 49.)

dahin, diese Worte mit „das Geschuldete einklagen“ zu übersetzen, und in ihnen darum eine Bestätigung der oben zitierten Digestenstelle von Marcian zu erblicken.

Die Frage, ob in diesen verschiedenen Stellen eine Antinomie zu finden sei, ist Gegenstand lebhaften Streites. Die Vertreter der herrschenden Meinung verneinen eine Antinomie mit der Begründung, daß beide Rechte, sowohl die actio utilis ex empto auf das Interesse, als die Klage auf den Betrag der alten Schuld, auf dasselbe Ziel gerichtet seien, nämlich auf die Tilgung der alten Obligation (man würde sonst gegen den Grundsatz: „ne bis in idem“ verstoßen — Römer a. a. O. S. 54 —).

Für eine Antionomie sprechen sich vor allem Dernburg (§ 58), Ernst (S. 46/47 und 71) und die neuere Literatur (z. B. Quander S. 54/55) aus. Ernst mit der trefflichen Begründung aus der oben zitierten Codexstelle (1. 8 C. de sent. et interl. VII 45). Er sagt: „Hätten die Verfasser dieser Codexstelle die actio empti utilis neben der ursprünglichen Schuldklage gelten lassen wollen, so durften sie die beiden Ansprüche niemals in einer Weise einander gegenüber stellen, wie dies durch die Worte geschieht: ‚Du kannst aufs Interesse klagen, wenn du gekauft hast, oder auf den Betrag der alten Schuld, wenn die Sache an Zahlungsstatt gegeben worden ist‘.“

Kommt man also im Anschluß an die letzte Auffassung zu dem Ergebnis, daß eine Antinomie vorliegt, so heben sich die widersprechenden Quellenstellen auf, und man hat die Wahl, dem Gläubiger das eine oder das andere der beiden Rechte zu geben.

Für welches von beiden man sich für das gemeine Recht entscheiden will, ist eine schwierige und ungelöste Frage, auf die hier nicht näher eingegangen zu werden braucht. Denn im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die Entscheidung unzweideutig zu Gunsten Ulpians ausgefallen. § 365 BGB bestimmt:

„Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten."

Hieraus folgt, daß die alte Schuld erloschen bleibt trotz Fehlerhaftigkeit des geleisteten Gegenstandes, und daß nur eine Gewährleistungspflicht besteht, die nach Kaufrecht zu behandeln ist.

Im Einzelnen ergibt sich danach folgendes:

Im Falle der Hingabe von Sachen hat der Schuldner dem Gläubiger das Eigentum daran zu verschaffen. Gibt er ein Recht an Erfüllungsstatt, so hat er das Recht zu verschaffen, und wenn dieses Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache dem Gläubiger zu übergeben (§ 433 BGB). Weiter ist der Schuldner verpflichtet, den an Erfüllungsstatt gegebenen Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen, die gegen den Gläubiger geltend gemacht werden können (§ 434 BGB); bei Grundstücken und Rechten an Grundstücken im Grundbuch eingetragene, jedoch nicht bestehende Rechte Dritter, die im Falle ihres Bestehens das Recht des Gläubigers beeinträchtigen würden, auf seine Kosten zu löschen (§ 435 BGB). Nicht jedoch haftet er für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben

und anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind (§ 436 BGB). Hat der Schuldner dem Gläubiger eine Forderung oder ein sonstiges Recht an Erfüllungsstatt abgetreten, so haftet er für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts; aber nur für Verität, nicht auch für Bonität. Bei Wertpapieren erstreckt sich die Haftung des Schuldners auch darauf, daß sie nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten sind (§ 437 BGB). Hat der Schuldner bei der Abtretung dem Gläubiger gegenüber die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Drittschuldners übernommen, so bezieht sich diese Haftung im Zweifel nur auf die Zeit der Abtretung (§ 438 BGB). Für die Freiheit von Rechtsmängeln hat der Schuldner dann nicht einzustehen, wenn der Gläubiger sie bei der Annahme kennt. Eine Ausnahme hiervon bilden die Pfandrechte. Diese sind auch dann vom Schuldner zu beseitigen, wenn sie dem Gläubiger bekannt sind; das Gleiche gilt für eine Vormerkung, die auf Bestellung eines dieser Pfandrechte gerichtet ist (§ 439 BGB).

Kommt der Schuldner den hier aufgezählten Verpflichtungen, die Freiheit der hingegebenen Sache von Rechtsmängeln zu gewährleisten, nicht nach, so bestimmen sich die Rechte des Gläubigers gemäß § 440 BGB nach den Vorschriften der §§ 320—327 BGB.

Die §§ 320—322 zunächst sind völlig unanwendbar (ebenso Berndorff, S. 86 und Quander, S. 63), denn sie gewähren dem Vertragsgegner, hier dem Gläubiger, das Recht, seine Leistung zu verweigern. Das ist aber aus dem Grunde unmöglich, weil die Leistung

des Gläubigers, die in der (Befreiung bewirkenden) Annahme zu sehen ist, bereits erfolgt ist.

Der innere Grund für die Unanwendbarkeit dieser Paragraphen ist darin zu erblicken, daß sie allein für obligatorische Verträge geschaffen sind, nicht auch für solutorische, ein Gesichtspunkt, auf den weiter unten zurückzukommen sein wird.

Auch die übrigen Paragraphen über den „gegenseitigen Vertrag" gestatten nur bei freiester Auslegung und selbst dann nur teilweise eine Anwendung auf die Annahme an Erfüllungsstatt.

So sind die ersten beiden Absätze von § 323 BGB für sich allein gegenstandslos. Denn nach Abs. 1 geht im Falle kasueller Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner seines Gegenanspruches verlustig, bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich sein Anspruch nach den für die Minderung geltenden Vorschriften der §§ 472 und 473 BGB.

In Anwendung auf die Annahme an Erfüllungsstatt hieße das: Wird es dem Schuldner durch Zufall unmöglich, Rechtsmängel zu beseitigen, so verliert er seinen Anspruch gegen den Gläubiger auf Annahme an Erfüllungsstatt ganz oder teilweise. Das ist aber ein Nonsens, denn der Schuldner hat nie einen Anspruch auf Annahme gegen den Gläubiger gehabt, kann ihn darum auch nicht verlieren.

Ähnliches gilt für § 323 Abs. 2 BGB: Verlangt danach der Gläubiger Herausgabe des stellvertretenden commodums, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Steht der Wert dieses commodums dem Werte der geschuldeten Leistung nach, so mindert sich seine Ver-

pflichtung entsprechend. Von einer Verpflichtung kann bei der Annahme an Erfüllungsstatt auch in diesem Falle keine Rede sein.

Diese Bestimmungen haben trotzdem eine gewisse Bedeutung mit Rücksicht auf Abs. 3 von § 323, denn sie dienen zur Berechnung dessen, was der Gläubiger gemäß Abs. 3 vom Schuldner herausverlangen kann. Nach § 323 Abs. 3 BGB steht nämlich dem Gläubiger für den Fall, daß der Schuldner durch Zufall außer stande ist, Rechtsmängel zu beseitigen, das Recht zu, das Geleistete, soweit es nach den ersten beiden Absätzen dem Schuldner nicht zukommt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuverlangen.

(Dieser Anspruch ist kein eigentlicher Bereicherungsanspruch, denn die Bereicherung des Schuldners ist nicht ohne rechtlichen Grund erfolgt, was weiter unten zu beachtenswerten Konsequenzen führt.)

Denn auch der Gläubiger hat etwas „geleistet". Wie wir oben im § 2a gezeigt haben, ist die Annahme an Erfüllungsstatt ein entgeltlicher Vertrag. Auf seiten des Annehmenden besteht die Entgeltlichkeit darin, daß er etwas nicht Geschuldetes als Erfüllung annimmt und dadurch den Schuldner von seiner Verpflichtung befreit.

In welcher Weise aber diese „Leistung" praktisch zurückerstattet werden soll, das begegnet großen Schwierigkeiten und erheblichen Meinungsverschiedenheiten in der Literatur.

Viele geben dem Gläubiger einen Anspruch auf Wiederherstellung seines erloschenen Forderungsrechtes.

(z. B. Planck zu § 365; Oertmann zu § 365 2a.)

Danach wäre der Schuldner zu verurteilen, eine neue Verbindlichkeit gleichen Inhalts zu übernehmen. Abgesehen davon, daß diese Art der Rechtsverfolgung durch ihre Kompliziertheit dem Gläubiger große Schwierigkeiten bereiten würde,

(vgl. des näheren hierüber Berndorff, S. 89.)

ist sie aus dem Grunde unstatthaft, weil sie keine Herausgabe der Bereicherung wäre, vielmehr eine Neubegründung eines Minus für den Schuldner. Denn das, worum der Schuldner bereichert ist, ist die Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Diese läßt sich aber, wie Schollmeyer (§ 365, 2) — und nach ihm Berndorff (S. 89) und Quander (S. 65) — richtig ausführt, nicht herausgeben. Übernähme der Schuldner eine Verbindlichkeit gleichen Inhalts, so würde diese stets auf einem anderen Rechtsgrund beruhen als die alte. Wäre die alte Forderung z. B. eine Kaufforderung, so könnte die neue immer nur eine abstrakte sein. Den Schuldner zum Abschluß eines neuen Kaufvertrages verurteilen zu wollen, wäre widersinnig (Berndorff, S. 89).

Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung tritt vor allem in den Fällen zu Tage, in denen die alte Verbindlichkeit nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz oder letztwilliger Verfügung beruhte. Die neue, abstrakte, Verbindlichkeit wäre hier vertraglicher Natur.

Auch würde durch eine Wiederherstellung der erloschenen Forderung der Schuldner meist mehr herausgeben, als wozu er verpflichtet ist. Denn wenn er Rechtsmängel nicht beseitigen kann, so liegt (abgesehen von dem Fall, daß der Gläubiger kein Eigentum er-

langt hat) nur „teilweise Unmöglichkeit“ vor, so daß sich seine Herausgabepflicht allein auf einen Teil der Gegenleistung bezöge. Aber auch für den Ausnahmefall, daß der Gläubiger kein Eigentum erlangt hat, wäre eine Wiederherstellung der Forderung etwas durchaus Verschiedenes von der Herausgabe einer Bereicherung, die in der Befreiung von einer Verbindlichkeit besteht.

Die Herausgabe einer derartigen Bereicherung ist nicht möglich; es kommt darum § 818 Abs. 2 BGB zur Anwendung:

„Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich . . ., so hat er (der Schuldner) den Wert zu ersetzen;“ und zwar den Wert dessen, was er durch die Annahme an Erfüllungsstatt auf Kosten des Gläubigers erlangt hat, d. h. den Wert der Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Der Wert dieser Befreiung richtet sich aber nach dem Wert der Forderung, von welcher er befreit ist. Bei Berechnung dieses Wertes ist jedoch nicht der Wert der Forderung zur Zeit der Annahme an Erfüllungsstatt in Rechnung zu stellen, sondern zur Zeit der Geltendmachung des Bereicherungsanspruches bzw. zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht. Und dieser Wert kann von dem Werte der Forderung zur Zeit der Annahme an Erfüllungsstatt erheblich abweichen, was Berndorff (S. 91) treffend an dem Beispiel darlegt, wo der Schuldner ursprünglich eine Anzahl Wertpapiere mit schwankendem Kurswert schuldete.

Was den § 324 BGB betrifft, so wird er in der Literatur ausnahmslos mit Stillschweigen übergangen.

(Nur Rehbein, S. 296, sagt: Es bleibe bei der Tilgung der Schuld.)

Aber auch seine Anwendbarkeit bereitet einige Schwierigkeiten. Für die Annahme an Erfüllungsstatt zurechtgestutzt, würde er besagen, daß der Schuldner, wenn er infolge Verschuldens des Gläubigers außer stande ist, Rechtsmängel zu beseitigen, die Leistung des Gläubigers behalten kann, allerdings unter Anrechnung seiner Ersparnisse. Wie aber diese Anrechnung der Ersparnisse praktisch erfolgen soll, ist zweifelhaft. Als Abzug von der Leistung des Gläubigers ist sie wegen der Beschaffenheit dieser Leistung undenkbar, es wird deshalb nur eine Geldentschädigung in Frage kommen können.

Wird es schließlich dem Schuldner durch eigenes Verschulden unmöglich, Rechtsmängel zu beseitigen (§ 325 BGB), oder kommt er mit ihrer Beseitigung in Verzug (§ 326 BGB), so kann der Gläubiger neben den im § 323 BGB bestimmten Rechten Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

Der Schadensersatz bietet keine Besonderheiten, wohl aber das Rücktrittsrecht. Gemäß § 327 BGB in Verbindung mit § 346 BGB sind die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Der Gläubiger hat den an Erfüllungsstatt angenommenen Gegenstand herauszugeben, und der Schuldner — in gleicher Weise wie im Falle des § 323 BGB — die Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Die Rückerstattung dieser Befreiung ist, wie oben dargelegt, unmöglich. Daraus folgt aber durchaus noch nicht (was

allgemein in der Literatur behauptet wird), daß nun der Gläubiger gemäß § 347 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Schuldner hat (vgl. Cohn, im „Recht“ 1905 S. 102). Denn auch die Haftung des § 347 BGB für Unmöglichkeit der Herausgabe unterliegt wieder den allgemeinen Regeln über die Gewährleistungspflicht infolge Unmöglichkeit der Leistung. § 347 BGB schafft nicht etwa für jeden Fall der Unmöglichkeit eine Ersatzpflicht, er sagt nicht, wann eine Ersatzpflicht besteht, er sagt nur, in welcher Weise diese zu handhaben ist, für den Fall, daß sie besteht. Ob sie aber besteht, hängt davon ab, wen das Verschulden an der Unmöglichkeit der Herausgabe trifft. Es ist darum auch in unserem Falle zu prüfen, ob der Schuldner diese Unmöglichkeit zu vertreten hat. Und das ist zu verneinen.

Die Unmöglichkeit der Herausgabe einer Bereicherung, die in der Befreiung von einer Verbindlichkeit besteht, liegt in der Natur dieser Bereicherung und ist weder von der einen, noch von der anderen Partei verschuldet. Wollte man aber ein Verschulden annehmen, so läge es eher auf seiten des diese Leistung Bewirkenden, als auf seiten des Annehmenden. Da also dem Schuldner die Unmöglichkeit der Herausgabe in keinem Falle zur Last fällt, so kann er auch zu keinem Schadensersatz verpflichtet sein. Das Rücktrittsrecht läßt sich deshalb praktisch nicht verwirklichen. Es bleibt dem Gläubiger nur das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder im Falle des § 325 BGB die im § 323 Abs. 3 BGB bestimmten Ansprüche geltend zu machen.

Die Gewährleistungspflicht des Schuldners für Sachmängel der an Erfüllungsstatt gegebenen Sache regelt sich nach den §§ 459 ff. BGB. Der Gläubiger kann hiernach, sofern er beim Vertragsschlusse die Fehlerhaftigkeit nicht kannte oder kennen mußte (§ 460 BGB), Wandelung oder Minderung verlangen (§ 462 BGB). Fehlt der hingegebenen Sache zur Zeit der Annahme an Erfüllungsstatt eine zugesicherte Eigenschaft, oder hat der Schuldner einen Mangel arglistig verschwiegen, so steht dem Gläubiger das Recht zu, statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 463 BGB).

Was den § 480 BGB betrifft (Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache), so hat man in Anwendung auf die Annahme an Erfüllungsstatt folgende zwei Fälle zu unterscheiden: Entweder der Schuldner hat im sogenannten pactum de in solutum dando die Lieferung einer Gattungssache versprochen, dann ist § 480 BGB am Platze, aber auch nur dann. Oder aber er gibt — ohne vorheriges pactum de in solutum dando — eine Sache an Erfüllungsstatt, die gewöhnlich nur der Gattung nach bestimmt wird. Dann findet § 480 BGB nicht Anwendung, da die Sache gar keine Gattungssache ist, eben weil sie nicht vorher als solche versprochen wurde. Infolgedessen hat der Gläubiger in diesem Falle nicht das Recht, Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen.

Hinsichtlich der Wandelung und Minderung ist zu bemerken:

Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften entsprech-

ende Anwendung (§ 467 BGB). Demgemäß gilt das oben bei Behandlung der §§ 325 und 326 BGB über das Rücktrittsrecht Gesagte. Der Rücktritt läßt sich praktisch nicht verwirklichen, die Wandelung ist also unausführbar. Ein höchst unbefriedigendes Ergebnis. Daran wird aber nichts geändert durch die Ausführungen Cohns (im „Recht 1905 S. 102) über „die Wandelung bei Hingabe an Erfüllungsstatt durch Dritte".

Cohn gibt dem Gläubiger im Falle der Wandelung statt des Ersatzanspruchs aus § 347 BGB (den, wie oben dargelegt, fälschlicherweise die gesamte Literatur gewährt) eine condictio gegen den Schuldner. Soll das bereits Rechtens sein für den Fall, daß ein Dritter an Erfüllungsstatt geleistet hat, so muß dieses (a maiore ad minus) erst recht gelten, wenn der Schuldner selbst den Erfüllungsannahmevertrag schließt.

Cohn verweist auf Rehbein, der seiner Meinung nach im vorliegenden Falle auch eine condictio gewährt. Das ist aber ein Irrtum. Rehbein (S. 296) sagt nur: wenn eine condictio gegeben ist (also z. B. im Falle des § 323 Abs. 3), so geht sie in dem von Cohn behandelten Falle (daß ein Dritter an Erfüllungsstatt geleistet hat) gegen den Schuldner und nicht gegen den Dritten. Er sagt aber nicht, daß im Falle der Wandelung „statt des Schadensersatzes aus § 347 BGB" ein Anspruch aus „ungerechtfertigter Bereicherung" gegeben sei.

Es ist auch nicht einzusehen, inwiefern der Schuldner „ungerechtfertigt" bereichert ist; denn der rechtliche Grund, die causa, ist vorhanden und geht auch nicht nachträglich verloren. Hat man doch unter „recht-

lichem Grund“ nach der herrschenden Ansicht (vgl. v. Staudinger ,§ 812 No. 4) den Eintritt des mit einer Leistung bezweckten Erfolges zu verstehen. Hier war der bezweckte Erfolg die Tilgung des ursprünglichen Schuldverhältnisses. Dieser Erfolg ist eingetreten und bleibt auch trotz Mangelhaftigkeit der an Erfüllungsstatt geleisteten Sache bestehen. Ein Anspruch aus „ungerechtfertigter Bereicherung“ ist also nicht am Platze.

Wählt der Gläubiger Minderung, so hat man in Gemäßheit der §§ 473 und 472 BGB zu verfahren. Die Annahme an Erfüllungsstatt ist von seiten des Gläubigers eine Leistung, die „eine nicht vertretbare Sache zum Gegenstand hat“. Es ist darum nach § 473 BGB der Wert dieser Leistung (der sich nach dem Wert der ursprünglichen Forderung für den Gläubiger bemißt) zur Zeit des Erfüllungsannahmevertrages in Geld zu veranschlagen, und dieser Betrag nach § 473 BGB in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit der Annahme an Erfüllungsstatt der Wert der hingegebenen Sache im mangelfreien Zustand zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde. Die hierdurch erzielte Differenz hat der Schuldner dem Gläubiger zu vergüten.

(Ebenso Schollmeyer, § 365 2 b; Berndorff, S. 96; Quander, S. 67.)

Zweifelhaft ist es, wer haftet, wenn ein Dritter an Erfüllungsstatt geleistet hat, der Dritte oder der Schuldner. § 365 BGB spricht zwar nur vom Schuldner, nach der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen aber muß man schließen, daß es sich nur um eine

ungenaue Fassung des Gesetzestextes handelt. Denn § 265 E. I, den die zweite Kommission billigte, der also dem Sinne nach unverändert in den § 365 BGB übergegangen ist, erwähnte den zur Gewährleistung Verpfichteten überhaupt nicht. Wenn also das Bürgerliche Gesetzbuch allein von der Gewährleistungspflicht des Schuldners spricht, so darf daraus nicht gefolgert werden, daß es die Haftung des Dritten ausschließen will.

In Anlehnung an die herrschende Meinung ist darum zu sagen:

Schließt der Dritte im eigenen Namen einen Erfüllungsannahmevertrag mit dem Gläubiger, so haftet auch er gemäß § 365 BGB. Wie sollte auch der Vertrag zwischen Drittem und Gläubiger eine verpflichtende Wirkung für den außerhalb dieses Vertrages stehenden Schuldner erzeugen!

(So Schollmeyer, § 365 2c; Quander, S. 68/69; Berndorff, S. 101; Oertmann, § 365 Anm. 3; Planck, § 365; Rehbein, § 365 No. 4; Matthiaß, § 92 No. 3; Goldmann-Lilienthal, § 107 Anm. 6.)

Dieses Prinzip gilt stets und erleidet auch keine Ausnahme für den Fall, daß der Gläubiger gemäß § 323 Abs. 3 BGB die Herausgabe seiner Leistung nach Bereicherungsrecht verlangt; d. h. auch hier haftet der Dritte und nicht der Schuldner. Denn es ist wohl zu beachten, dieser Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe seiner Leistung ist kein eigentlicher Bereicherungsanspruch (wie oben bereits erwähnt), weil nämlich der rechtliche Grund für die Bereicherung vorhanden ist. Anders ist es bei der normalen Anwendung des § 323 Abs. 3 auf gegenseitige obligatorische Verträge. Wird hier die Leistung des Einen durch Zufall unmöglich,

so liegt allerdings eine rechtlose Bereicherung vor, denn die causa ist nachträglich fortgefallen. In unserem Falle aber ist der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe seiner Leistung mehr eine Art Schadensersatzanspruch, der nur nach dem Willen des Gesetzes nach Bereicherungsrecht behandelt werden soll. Aus diesem Grunde ist es ganz gleichgültig, wer zur Zeit der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs der Bereicherte ist. Ein Schadensersatzanspruch richtet sich immer gegen den, welcher den Schaden verursacht hat. Das ist aber hier der Dritte, welcher den Erfüllungsannahmevertrag im eigenen Namen mit dem Gläubiger abgeschlossen hat.

Diese Tatsache, daß der Herausgabeanspruch des Gläubigers gemäß § 323 Abs. 3 BGB im Falle der Annahme an Erfüllungsstatt kein eigentlicher Bereicherungsanspruch ist, verkennt Cohn (im „Recht“ 1905 S. 102) und gibt deshalb dem Gläubiger zu Unrecht einen Kondiktionsanspruch gegen den Schuldner (nicht gegen den Dritten). Er ermöglicht dieses Ergebnis durch eine etwas gekünstelte Konstruktion nach Analogie von § 822 BGB.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß § 365 nicht zur Enwendung kommt, wenn der Schuldner (oder ein Dritter) eine neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt. Einmal geht dies bereits aus der Fassung des § 365 hervor, der nur für Leistungen gegeben ist, die in einer Veräußerung bestehen. Im Falle der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt aber handelt es sich um keine Veräußerung von etwas Vorhandenem, sondern um eine Neubegründung eines Rechtes (Berndorff S. 97). Sodann aber ist eine

Mängelhaftung hier gar nicht denkbar, da keine Mängel denkbar sind. Denn kommt die neue Verbindlichkeit nicht rechtsgültig zur Entstehung, so erlischt nicht die alte; und daß die neue Verbindlichkeit mit Beschränkungen und Lasten behaftet zur Welt kommt, von denen der Gläubiger nichts weiß, ist ausgeschlossen.

Im Anschluß an diese Darstellung der Mängelhaftung, wie sie entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 365 BGB bei der Annahme an Erfüllungsstatt praktisch zu handhaben ist, mögen einige rechtspolitische Erörterungen über die überaus wichtige Frage gestattet sein, warum die Mängelhaftung gerade nach Kaufrecht geregelt ist, und ob diese Regelung juristisch wie praktisch der Zweckmäßigkeit entspricht.

Die Antwort auf den ersten Teil der Frage geben die §§ 445 und 493 BGB. Daß das Gesetz die Annahme an Erfüllungsstatt nicht etwa für einen Kauf mit Aufrechnung hält, ist oben bereits gesagt worden. Wohl aber hat die Annahme an Erfüllungsstatt mit dem Kaufe das gemeinsam, daß sie ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft ist. Diese Ähnlichkeit hat die Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs veranlaßt, den in den §§ 445 und 493 BGB enthaltenen Gedanken auf die Annahme an Erfüllungsstatt zu übertragen; den Gedanken nämlich, daß die Vorschriften über die Mängelhaftung beim Kauf auch auf andere Verträge, die auf Veräußerung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung finden.

Dabei hat man aber außer acht gelassen, daß die Annahme an Erfüllungsstatt nicht eigentlich auf Veräußerung „gerichtet“ ist, d. h. daß die Veräußerung

nicht Zweck der Annahme an Erfüllungsstatt ist. Während nämlich der Kauf eine obligatio erzeugt, die auf Veräußerung geht, ist Zweck und Wirkung der Annahme an Erfüllungsstatt: Tilgung einer Schuld durch Veräußerung. Letzten Endes unterscheidet sich also die Annahme an Erfüllungstatt auch hinsichtlich der Veräußerung vom Kauf und kaufähnlichen Veräußerungsgeschäften dadurch, daß der Kauf ein obligatorischer, die Annahme an Erfüllungsstatt ein solutorischer Vertrag ist.

Dieser schwerwiegende Unterschied, den die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzgebuchs wohl kannten, dessen Bedeutung für die Mängelhaftung ihnen aber nicht bewußt war, bewirkt bei der praktischen Anwendung der Kaufregeln auf die Annahme an Erfüllungsstatt — wie im Vorangehenden gezeigt — Unklarheiten und Schwierigkeiten, die es zu keinem befriedigenden Ergebnis kommen lassen.

Bei Rechtsmängeln sind die Vorschriften über „gegenseitige Verträge" (§§ 320—327 BGB) anzuwenden. Wie wir sahen, fallen die §§ 320—322 ohne weiteres weg, denn die Leistung des Gläubigers ist stets schon erfolgt, kann also nicht mehr verweigert werden. § 323 Abs. 1 und 2 für sich allein ist gegenstandslos, denn der Schuldner kann einen Anspruch auf die Gegenleistung nicht verlieren, den er nie gehabt hat. Erst § 323 Abs. 3 führt zu einem Resultat, und zwar in Verbindung mit den ersten beiden Absätzen des Paragraphen; aber auch hier ist die Art der Rechtsfolgung sehr bestritten. Der Auslegung des § 324 BGB erwachsen in der compensatio damni cum lucro Schwierigkeiten. Und was die §§ 325 und 326 BGB betrifft, so

ist das dem Gläubiger zugebilligte Rücktrittsrecht praktisch unanwendbar. Aus demselben Grunde läßt sich bei der Sachmängelhaftung die Wandelung nicht durchführen. Kurz, ein klägliches Resultat!

Gesetzt aber den Fall, die für den Kauf geltenden Vorschriften über Mängelhaftung ließen sich auf die Annahme an Erfüllungsstatt ungehindert anwenden, wäre dann die Bestimmung des § 365 als zweckentsprechend anzuerkennen? Auch diese Frage ist zu verneinen.

Der erste war Stampe (das Causa-Problem), der in der Regelung des § 365 BGB einen rechtspolitischen Fehler entdeckte; den Fehler nämlich, daß die Eigentümlichkeit der ursprünglichen causa bei der Mängelhaftung für den an Erfüllungsstatt geleisteten Gegenstand keine Beachtung findet. Mag nämlich auf Grund eines Kauf-, Werk- oder Schenkungsvertrages etwas an Erfüllungsstatt geleistet und angenommen sein, gleichviel, in allen Fällen kommt bei Mangelhaftigkeit der hingegebenen Sache Kaufrecht zur Anwendung. Und doch ist die Annahme an Erfüllungsstatt nur „Hilfsgeschäft" und als solches nicht imstande, die Eigentümlichkeit des „Grundgeschäfts" (z. B. Kauf, Werkvertrag, Schenkung) materiell auszulöschen!

Stampe illustriert diesen Fehler an einem Fall aus dem Schenkrecht, der in Kürze folgendermaßen lautet (Stampe S. 7/8):

„P verspricht schenkweise einer Stadtgemeinde in der Form des § 518 Abs. 1 BGB ein Bild von Hans Dahl. Auf Wunsch der Stadt leistet er statt des „Dahl" einen ebenfalls in seinem Besitz befindlichen „Achenbach", den die Stadt an Erfüllungsstatt annimmt. Später

nimmt ein gewisser E das Eigentum beider Bilder in Anspruch. Es erweist sich, daß sie dem E vor Jahren gestohlen, dann durch mehrere Hände gegangen und schließlich von P gutgläubig angekauft sind. Nunmehr macht die Stadt den P wegen Rechtsmangels haftbar."

Hätte P den „Dahl" geleistet, dem Schenkungsversprechen gemäß, und wäre dieses Bild von E evinziert worden, so hätte die Stadt den P nicht haftbar machen können (§ 523 BGB). Die Hingabe an Erfüllungsstatt aber, die auf Veranlassung der Stadt erfolgte, ist dem Schuldner verhängnisvoll geworden; und „die Stadt macht einen Profit, für dessen Möglichkeit dem Laien das Verständnis fehlt" (Stampe S. 8).

Daß Sohm (S. 599) in diesem Falle zu einem andern Ergebnis kommt, liegt daran, daß er eine besondere Auffassung vom Schenkungsversprechen des § 518 BGB hat. Nach ihm geht die obligatio des nach Art von § 518 Versprechenden auf „schenkweise Übereignung" des Versprochenen, d. h. der Schuldner ist verpflichtet zu „schenken", also eine kausale Zuwendung vorzunehmen (Sohm S. 253 Anm. 3). Demgegenüber hält die herrschende Ansicht die Schenkungsabsicht allein beim Schenkungsversprechen für erforderlich, während bei gültigem Schenkungsversprechen die Schuld (ebenso wie bei Kauf) lediglich auf Übereignung geht, also auf abstrakte Zuwendung. Demzufolge liegt nach Sohm in Stampes Beispiel keine Annahme an Erfüllungsstatt vor, sondern eine vertragliche Änderung nach § 305 BGB; § 365 BGB bleibt darum unberührt.

Daß aber Sohms Auffassung von § 518 BGB dem Sinne des Gesetzes nicht entspricht, geht aus § 519 BGB

hervor. Hier heißt es: „die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens". Das Wort „schenkweise" gehört also zu „Versprechen" und nicht zu „Leistung" (im § 518). Genau genommen ist es also unrichtig, zu sagen: jemand verspricht etwas zu schenken; vielmehr muß es heißen: er verspricht etwas schenkweise, d. h. die Schenkung ist mit dem Versprechen bereits erfolgt (wenn auch noch nicht vollzogen). Natürlich kann man auch versprechen, zu schenken; dann aber handelt es sich um einen Vorvertrag, der mit § 518 BGB nichts zu tun hat.

Stampes Beispiel aus dem Schenkrecht läßt sich leicht vermehren. Man denke etwa folgenden Fall:

A verspricht vor einem Notar dem B schenkweise ein Pferd. Stattdessen gibt er ihm auf B's Wunsch eine Kuh, die B an Erfüllungsstatt annimmt. Nach einer Woche zeigt sich bei der Kuh ein „Hauptmangel", von dessen Existenz A nichts wußte.

Nach § 365 BGB hat B das Recht der Wandelung (die sich allerdings praktisch nicht durchführen läßt). Hätte A das versprochene Pferd geleistet, und hätte sich bei diesem ein Hauptmangel eingestellt, so könnte B nicht wandeln (§ 524 BGB). Auch in diesem Falle ist nicht einzusehen, warum der Schenker, der B zu Gefallen etwas anderes an Erfüllungsstatt gegeben hat, strenger haften soll, als wenn er das debitum geleistet hätte.

Zum Schlusse noch ein Beispiel aus dem Arbeitsleistungsrecht, das im § 1 a) bereits erwähnt worden ist:

A überträgt einem Baumeister den Bau eines Hauses nach dem Plane X (Werkvertrag). Der Baumeister führt

ein Haus auf nach dem Plane Y. A nimmt dieses an Erfüllungsstatt an; es ist mangelhaft.

Hier kann A nicht etwa Beseitigung des Mangels verlangen, wie wenn der Baumeister das bestellte Haus mangelhaft ausgeführt hätte, vielmehr est er gemäß § 365 BGB auf Wandelung bzw. Minderung angewiesen. Auch dafür ist ein Grund nicht einzusehen.

Diese Beispiele genügen, um den von Stampe behaupteten Mangel wirklich als Mangel erscheinen zu lassen. Hieran ändert auch nichts die überaus interessante, gegen Stampe gerichtete Abhandlung Peter Kleins (in der Hessischen Rechtspr. 5. Jahrg. S. 55).

Den von Stampe zitierten Fall aus dem Schenkrecht — den er lediglich als Ausnahmefall bezeichnet — löst Klein in einer Weise, in der man ihn gelöst wissen möchte, der aber wohl mit dem heutigen § 365 BGB unvereinbar ist.

Wir sagen: Das Grundgeschäft müßte bestimmend sein auch für den an Erfüllungsstatt geleisteten mangelhaften Gegenstand; dem steht aber § 365 BGB entgegen.

Klein sagt: Das Grundgeschäft ist bestimmend, denn seine causa geht durch die Annahme an Erfüllungsstatt nicht unter (genau das, was Stampe sagt), daher könne § 365 nur im Rahmen der Schenkungsvorschriften gelten; d. h. die Haftung nach Kaufrecht finde ihre Grenze im Schenkrecht, hier im § 523 BGB. Und nur soweit überhaupt nach den Schenkungsregeln eine Haftung möglich ist, könne nach Kaufrecht eine Haftung stattfinden. Was wir also als Postulat hinstellen, ist nach Klein vorhanden.

Bei der Kritik der Klein'schen Abhandlung wird man aber sagen müssen, daß der Wunsch der Vater des Gedankens war. Der klaren Fassung des § 365 BGB gegenüber ist es wohl unmöglich, daß sich die Haftung aus Kaufrecht nach der Haftung aus dem Grundgeschäft bestimmt. Klein folgen, hieße den § 365 BGB faktisch kaltstellen. Mit Recht zieht Planck (§ 365 Nr. 6) gegen Klein die Motive (II S. 83) heran, die ausdrücklich hervorheben, daß dem § 365 BGB gegenüber die Vorschriften aus dem Schenkrecht keine Geltung haben sollen.

(Oertmann, § 365, allerdings schließt sich Klein an.)

Später scheint Klein selbst das Vertrauen zu seiner Lösung verloren zu haben. Denn im Österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis (Bd. 28 S. 1001) macht er gelegentlich der Besprechung des Entwurfs für ein ungarisches Bürgerliches Gesetzbuch eindringlich den Vorschlag, die Mängelhaftung bei der Annahme an Erfüllungsstatt anders zu regeln, als es im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch geschehen ist. Nach seiner Abhandlung in der Hessischen Rechtsprechung wäre das nicht nötig gewesen.

Es ist in der Tat ein großer Fehler, daß sich die Mängelhaftung nicht nach dem jeweiligen „Grundgeschäft", sondern unter Verleugnung desselben stets nach Kaufrecht richtet. Aber auch ohne Zuhilfenahme der Causa-Lehre muß man auf Grund rein logischer Erwägungen zu demselben Schlusse kommen:

Wie oben (§ 2 b) dargelegt, ist die Annahme an Erfüllungsstatt ein Surrogat der Erfüllung; denn sie hat dieselbe Bedeutung für die Obligation wie diese.

Durch die Annahme an Erfüllungsstatt wird das aliud ganz an die Stelle des debitums gesetzt, und dem aliud die Bedeutung für die Obligation eingeräumt, welche das debitum hat. Dieses aliud muß darum in jeder Beziehung ebenso behandelt werden wie das debitum, also insbesondere, wenn es fehlerhaft ist, denselben Vorschriften unterliegen wie jenes.

Daraus folgt andererseits aber auch, daß die Mangelhaftigkeit des aliud dieselben Wirkungen auf die Obligation haben muß, wie sie ein mangelhaftes debitum hätte. Hat also z. B. der Käufer eine andere als die gekaufte Sache an Erfüllungsstatt angenommen, und kommt es wegen Mangelhaftigkeit dieser Sache zur Rückgabe nach Bereicherungsrecht, Rücktritt oder Wandelung, so hat der Verkäufer die auf Grund des ursprünglichen Kaufvertrages erhaltene Leistung dem Käufer zurückzugeben und nicht etwa die durch den Erfüllungsannahmevertrag erlangte Befreiung von seiner Kaufschuld. Denn ist die Annahme an Erfüllungsstatt einmal rechtsgültig zustande gekommen, so hat sie ihre Rolle für alle Zeiten ausgespielt.

Dieses Ergebnis ist allerdings de lege lata unmöglich, es entspricht aber nicht allein den Anforderungen der Logik, sondern auch durchaus der Zweckmäßigkeit und Billigkeit.

Denn die Gefahr, daß das aliud fehlerhaft ist, ist nicht größer als beim debitum; und warum soll die Haftung des Schuldners strenger sein (was praktisch der Fall ist), wenn er vielleicht auf Wunsch des Gläubigers etwas anderes als das debitum leistet. Schließlich steht es dem Gläubiger ja frei, das aliud nur unter der

(auflösenden) Bedingung der Mangellosigkeit an Erfüllungsstatt anzunehmen. Und wenn bei Rücktritt, Wandelung usw. das ganze Schuldverhältnis angegriffen wird, nicht nur der Erfüllungsannahmevertrag, so ist es reine Tatfrage, ob das mehr im Interesse des Gläubigers oder des Schuldners liegt.

Muß es sonach durchaus wünschenswert erscheinen, daß sich die Gewährleistungspflicht des an Erfüllungsstatt Leistenden nach den für das betreffende Schuldverhältnis geltenden Vorschriften richte und nicht nach besonderen, für alle Fälle eingerichteten, stereotypen Regeln, so ist doch eine Ausnahme zu statuieren.

Es sind das die Fälle, in denen an Stelle einer Geldschuld (Kaufpreis, Mietzins usw.) irgendein anderer Gegenstand an Erfüllungsstatt gegeben wird.

Die oben entwickelten Gedanken können einzig und allein für die Fälle Geltung haben, daß das aliud dem debitum seiner Natur nach entspricht. Handelt es sich aber um eine anders geartete Leistung, so ist eine besondere gesetzliche Regelung vonnöten. Zum Beispiel:

Ein Tischler, der seinen Mietszins nicht bezahlen kann, fertigt für den Vermieter Möbel an, die dieser an Erfüllungsstatt annimmt. Sind sie mangelhaft, sö wäre es ein Nonsens, hier Mietsrecht anwenden zu wollen, da über die Mangelhaftigkeit des Mietszinses naturgemäß keine Vorschriften existieren.

Oder beim Kaufe: Ein Getreidehändler kann den Kaufpreis für ein Pferd nicht zahlen. Er bietet dem Verkäufer Weizen an, den dieser an Erfüllungsstatt annimmt. Der Weizen ist schlecht.

Mängelhaftung nach den für den Kaufpreis geltenden Vorschriften wäre auch hier ausgeschlossen.

Die für solche Fälle geforderte besondere gesetzliche Regelung muß aber derart sein, daß sie einmal auf den solutorischen Charakter der Annahme an Erfüllungsstatt Rücksicht nimmt, sodann aber, und zwar vor allem, das aliud als Teil der Obligation behandelt, so daß seine Mangelhaftigkeit die durch die Obligation erzeugte Rechtslage beeinflußt, nicht nur die Folgen der Annahme an Erfüllungsstatt.

Die jetzige Bestimmung des § 365 BGB muß nach dem Dargelegten als mangelhaft bezeichnet werden. So lange sie aber besteht, ist sie in der im Anfang dieses Paragraphen vorgetragenen Weise praktisch zu handhaben.

Es wäre zu wünschen, daß eine Neuregelung unserer Materie erfolgte, und zwar um so mehr, als der Geschäftsverkehr des täglichen Lebens, insbesondere aber der kaufmännische Verkehr ein lebhaftes Interesse daran hat.